贺卫方文集

贺卫方

目录

“比较法学丛书”总序

by 高鸿钧 贺卫方

初民社会，各族群独处一隅，几与外界隔绝，孤立中遂滋生某种自信，或称诩“上帝选民”、“天之骄子”，或自谓“吾道独真”、“惟我德馨”。后偶与外族接触，亦对“非我族类”，多投以白眼，甚至极尽嘲讽之能事，必欲歼灭而后快。各族群习俗、法律各异。史存多妻多

夫之族，前者“男人奢侈”之放纵，令后者匪夷所思，后者“女人放荡”之纵容，使前者难以理解。同样，禁忌食人之族对“自餐骨肉”之风深恶痛绝，而奉守食人之俗者，对前者浪费“美味佳肴”之举却大惑不解。族群间乌眼鸡般互视野蛮，互斥异端，互为排斥，互相攻讦。史卷中人类血淋淋之格斗厮杀惨景，实多出于文化封闭，心理排外。

法，作为习俗结晶、文化符号之一种，其演进标志人类族群进化之轨迹：由隔离而接触，由孤立而群合，由独行而协作，由排斥而共存。然文化因族群而殊，习俗因族群而异。古希腊贝壳放逐与古罗马陪审制，中世纪神明裁判、共誓涤罪与近代罪行法定、无罪推定，伊斯兰法一夫多妻制、三休制与天主教会法一夫一妻制、禁止离婚制；印度寡妇殉葬与西方领主初夜权，英美对抗制与欧陆纠问制，中国古代德主刑辅与伊斯兰政教合一，美国三权分立与英国议会主权……凡此种种，或带有文化类型之印记，或标示族群生活之差异，或反映社会演进之扬弃。差异由接触而知，由比较而显。各族法律，或貌合而神离，或形殊而神似。同名异物，存名实之辨，异名同物，厘表里之别。

比较法由是生焉。西有希腊先哲首开先河，中有战国法家初执牛耳。纵观古代，法之比较虽发轫早而源远流长，然仍显稚嫩。其零散而缺乏系统，偶然而非恒常，实用而欠学理，自发而无筹划，难于自成一体、独立一门。作为学术科目之比较法，实始于近代。西元十八世纪，法国孟德斯鸠氏，少习法律，壮则弃官，潜心法学，遍历奥、匈、德、荷诸国，考辨诸族习俗，比较古今法律，于风物人情中寻法意，由地理环境中探精神。氏所撰《法意》一书，为近代比较法学奠基之作。其人颇具传奇色彩之阅历，后世传为佳话。追至西元十九世纪，比较法学于英、美、德诸国蔚然成风，或设讲席以授业，或创专刊以传道，或建学会以交流。西元一九零零年，首届国际比较法大会开于巴黎，标志比较法学进入国际化阶段。然此阶段之比较法学，西方中心论、欧洲文化优越论之类种族主义、文化帝国主义，溢于言表。西人比较之意旨，多为彰显西方两大法系之“文明”、“先进”。形衬非西方法律之“原始”、“落后”。尔后，种族偏见渐弱，然至今迹犹存。西元二十世纪中叶以来，比较法学著述之丰，前所未有；功用之广，遍布立法、司法；学理之通，惠及法学各科。

吾华夏民族，得益农桑，泽被礼义，“郁郁乎文哉”。凡器物技艺、典章制度无不优于比邻诸邦，其辉煌文明于古时卓树一帜。然优而生骄，尊而滋傲，国人遂目比邻为蛮貊，视异族为夷狄，或夜郎自大、目空四海，或坐井观天、管窥蠡测。以至有“地生羊”、“小人国”之讹，有“番国佛朗机”“其人好食小儿”之谬。其中不乏搜奇钓异，以娱视听；道闻途说，以炫机巧。考其究竟，实多因古时山隔水阻，交通滞塞，言语不通，鲜有接触。故直至盛唐，国人眼中之“西天”不过印度，亦不足为怪。其时西人眼中之中国，亦如烟如雾，若迷若幻。

列强自西徂东，国门洞开，当务之急，救亡图存。始办洋务，复议变法，西学东渐，“夷律”汉译。五大臣赴洋考察，虽得欧法皮毛，犹存借鉴之诚；众学子负笈旅欧，任中西文化参差，亦竟比较之力。数十年间，西学如潮涌入，吾华夏几千年法统，竟成一曲挽歌！法学遂兴，然非汉家故物；比较因起，实多舶来新宪。修订法律馆、法律学堂、各大学法学院以及中国比较法学会，相继成立。沈家本、伍廷芳、梁启超诸前辈倡行修律立宪，为中国近代比较法之先行者也。后有诸多学人相继其业，其中影响较大者，当推吴经熊、王世杰、钱端升、李祖荫诸氏。王世杰与钱端升之《比较宪法》及李祖荫之《比较民法》，影响一代学人，至今仍饮誉海内。东吴法律学研究院之《中国法学杂志》，虽未冠比较之名，实为比较法学之论坛也，其影响远及美国。此足见比较法学兴隆之一斑。亲历其时之长辈学人，忆及当年盛况，颇多感慨，其情其景，宛在眼前。

自西元二十世纪五十年代，千山万水，不成障碍，黄种白种，弗为阻隔，孰料意识形态之藩篱竟难以逾越。资社判分，互为仇雠；中西两立，几断音讯。当此之际，比较法学之命运自不待言。迨至七十年代重启牖户，恍如隔世；再度开眼，宛若梦醒。今是昨非，议补天之计；劫余思生，虑长治之道。民主法治之论，遂成治道共识；自由人权之题，遂为时尚话语。法学园地，比较法学焕发新姿。廿年之间，硕果累累。迻译比较法学专著多种，其中影响较大者，为德国学者茨威格与克茨之《比较法总论》、法国学者达维德之《当代法律体系》、日本学者大木雅夫之《比较法》及美国学者埃尔曼之《比较法律文化》等诸种。“外国法律文库”、“当代法学名著译丛”以及“宪政译丛“丛书数部，其卷帙浩繁，实属空前，中有数种关涉比较法学。另有国人比较法学总论或专论著作数部，篇中亦不乏真知灼见。吾辈研习比较法学多年，虽生性愚钝，初无建树，然夙怀为其勉效微力之愿。故联络学界同道，不避浅陋，新辑比较法学著译数部，缀成”比较法学丛书“。意在博稽古今，察鉴中外，为比较法学添枝加叶。清华大学出版社胡苏薇女士与方洁女士，为丛书策划出力，同道著译诸君通力合作，编者深怀谢忱。

从书付梓之日，赘言志之。是为序。

高鸿钧 贺卫方
辛巳年九月（西元二零零一年十月）于北京

“外来和尚”与中国法官——报告人札记

by 贺卫方

在“知名法学家系列讲座”期间，我受聘作为“报告人”（Rapporteur）参与了在武汉和北京两地的报告和讨论活动。自己仿佛又重新回到了学生时代，听课，做笔记，提问题，组织讨论。与作为学生不同的是，我的任务还包括努力促进外来教师更有针对性的讲授，促进法官学员对讲授内容以及形式的理解。相比之下，后一项任务似乎更显艰巨。授课的外国法官和学者大多是第一次来中国，其中没有一位是中国法方面的专家，面对济济一堂的中国法官，他们多少有些摸不着底。中国法官这边，由于绝大多数人对西方司法制度并不了解，因此，外国演讲者所表达的某些观点好象也不大能够获得应有的回应。不过，我们可以不避夸张地说，这次讲座可以说是自近代以来规模相当大、相当有深度的西方司法观念与司法知识的输入事件，无论是应邀担任授课者的层次，组织形式的周密，还是讲授内容的深度，都是没有前例的。

自己置身其中，耳闻目睹，倾听对话，对于本系列讲座的利弊得失及其对中国司法改革所可能产生的影响有了一些思考。

一、制度的同与异

本次系列讲座，授课人既有来自美国的法国和法学家，又有来自德国的两位法官和来自日本的一位讲授，在背景方面体现了多样性。把中国的司法制度说成是大陆法系的职权主义模式似乎是老生常谈了，因而人们当然有理由期待来自德国和日本的法官与法学家能够对中国的司法制度改革给予更多的启发。不过，根据讲座的过程来看，我们与大陆法系国家的差异仍多于类似。法官学员们所提出的问题可以显示出这些差异。

法院设置框架以及法院内部权力结构上的区别是最容易看出来的。第一位讲演者是来自德国奥登堡（Oldenburg）市地方行政法院的哈尼西博士，他担任着所在法院的院长。听众们很快发现，德国的行政法院体系与中国的行政司法体系很不相同，因为那里的行政诉讼是由与普通司法体系的行政法院来独立地审理的；行政法院构成了自上而下、自成体系的一个独立的司法金字塔。我们这里的情况却是，行政司法体系只是普通司法机构内部的一个分支。（其实，如果不在法院内部设立专门的行政庭的话，我们的体制倒是更像英美国家。）哈尼西法官对这样的专门行政法院之所以在德国建立作了相当清楚的解释，但是，由于要用更多的时间讲授行政法院法官的具体工作及其方式，历史背景只能是简要地勾勒一下。我相信，如果能对独立的行政司法体系背后的原理给予更多的解说的话，或许有助于中国听众理解在一个民主国家里，国家与民众以及行政权与司法权之间关系的性质。

当然，从哈尼西法官对行政法院的日常工作的描述中，我们还是意识到，德国行政法院在其法律规定的范围内享有独立权力，这种权力之大，往往超过我们的想象。例如，行政法院对行政机关的监督可以说是全方位的。行政机关作出的许多决定都可能被利益受到影响的公民或社会团体的质疑，会作为纠纷诉诸行政法院。法院在进行调查的过程中，完全不受行政机关已有的规则的限制。城市规划过程中的居民住房拆迁，修建高速公路或机场时的土地征用，考入大学的新生对学校某些专业招生人数限制的不满，甚至于某些一般行政规则的合法性，都可能成为行政法院裁决的事项。从哈尼西法官举出他所在法院处理的一些案件来看，行政机关的处境实在可以说是动辄得咎，时常败诉，以至于如果不经过几场耗时费力的行政诉讼，要修机场或高速公路几乎是不可能的事情。哈尼西法官也感到，德国的行政法院把套在行政机关脖子上的缰绳揪得太紧了。他认为，造成这种状况的一个基本原因是，建立行政法院的初衷便是要制约过于强大的政府权力，而对在更具有建设作用方面，如何使有益于公众利益的政府权力更顺利地行使则注意不够。其实这也不只是德国一个国家的问题。我们看到，在过去的 20 年间，西方世界范围内的宪政理论正在发生一个悄然的转向，即一些学者的研究从更多地强调冲突和对立转向强调合作的价值，探讨如何将对经济效益的追求与民主的社会选择结合起来，从而超越了古典学派只是在限制政府权力的层面上构建宪政制度的局面。另外，像“伯克利学派”的诺内特和塞尔兹尼克在他们的重要著作《迈向回应型法》中，也将法律秩序分为“压制型法”、“自治型法”和“回应型法”。认为现在西方法治的模式在获得自治空间的同时，也付出了牺牲对其他目标的追求的代价。因此，制度建构的方向应当使法制不拘泥于形式和仪式，具有更大的开放性和建设性，以增进法律制度本身的效率。

不过，在我们这里，这些主张听起来实在是隔膜的很。对于中国的法官以及司法制度而言，现在的问题并不是法律与政治界限过于分明，而是两者总是纠缠在一起。司法机关的脖子上套的是行政机关的缰绳，自治型法还是一个有待实现的目标。所以，在这样的语境下，近年来学术界关于中国的司法改革究竟是应当走大陆法系的路数，还是走英美法系的路数的争论似乎是在一个假问题上打转转，费口舌。我们的首要问题可能是建立法治本身。

二、从价值到制度

可是，建立法治的路径与程序从何开始？这又是一个不大容易说清楚的问题。这里似乎存在着类似“解释的循环”一般的怪圈——如果不首先改变大的体制的话，具体制度就无从建立；但与此同时，如果没有具体制度的积累及其影响，大体制的变革将没有意义。于是，我们可以发现，不少人总是把法治的建立解释成一种要以“仁人志士”那样的魄力、胆量和斗争精神去追求的事业。而另一些人则更愿意在具体制度层面上做文章，他们认为对订立合同时立约人意思表示的真实或虚假的研究同样是十分重要的。

这次外来和尚的念经却使我们看到了第三条道路，那就是把宏大的价值关怀与不嫌微末的制度建设结合起来的道路。可以说，这正是法律家得以对社会发展给予推进的最有力的途径。法律家得以发挥这种作用的工具乃是他们由于特殊的训练形成的分析问题的独特方法。在听课的过程中，我很注意这些来自不同法系的法律家分析问题时所表现出来的异同。结果发现，他们之间相同之处要多于不同之处。这些共同的思维方式可以概括为下面这几个特点：

第一，法律家当然要以追求正义为自己的最高使命，然而，这种追求总是通过法律的途径，运用法律的方式去实现的。法律的方式表现为一种理性的特征，法官在制作司法判决时，总要对判决结果作出论证，其中包含着逻辑的力量，同时对也充分考虑到社会的现实需求。这种人们通常称之为法律推理的工作是一个合格的法律家所不可缺少的基本功。理性也包含着法官以及律师对可能影响司法结果的个人偏见保持警惕。每个人在其社会化过程中都不免会形成某些偏见，虽然作为司法伦理的准则，法官必须保持中立，但要彻底排除偏见并不是一件容易的事情。然而，对偏见保持必要的警觉却有助于尽可能地实现公正。

第二，法律家注重程序的意义。在一个表浅的层次上，法律程序是法律家做事的规范，不依照法律程序办案，势必会影响在实体层面上的公正。因此，从前我们谈起实体法与程序法之间的关系，总喜欢说程序法是实体法目标得以实现的工具。然而，这种工具论的程序观忽视了程序法本身的价值。实际上，程序法也标志着人类在从事一种制度安排时的局限性，标志着法律家调整社会关系时不得不作出的难以完美的选择。我们无法实现完全彻底的正义；当程序的违反足以带来社会利益更大的损失的时候，我们必须维护程序本身的严格性。于是，超过诉讼时效的权利主张只能驳回，终审判决的终局性不能由于新证据的发现而改变，因为除了成本的考虑外，司法制度需要给人们的生活带来稳定性。执法人员通过非法手段获取的证据，即使是能够证明案件事实，也必须加以排除，因为与个人违法犯罪行为相比，政府的违法犯罪如果得到放纵，给社会带来的将是更大的灾难。此外，程序法的重要性还在于它能够增强司法制度抵抗外部压力的能力。法官所从事的是一种许多人都避之唯恐不及的事业，败诉的当事人通常不会对判决者抱有好感，有时，正如温斯汀法官所说的那样，法官往往是一种“两面不讨好”的角色，败诉方固然愤怒，胜诉方也不高兴。此外，有些时候法官们还要必须作出在一个社区里遭受普遍抵制的判决，除了终身制、职务豁免等制度的保障外，严格地遵循程序乃是法官得以抵制攻击的有效盾牌。实体的正义是否获得是很难判断的，不同的人有不同的利益，不同的立场，然而，如果法律程序对任何人都严格而平等地适用，即使是反对者也难以找到攻击判决的突破口。法律家思维方式的第三个特征是注重事实问题与法律问题的区分。什么是一个案件中的事实问题，什么是其中的法律问题，这是我们的法学界以及司法界都极少关注的问题。这可以说是我国的法学研究尚处在幼稚状态的一个表征。来

自德国的弗特法官在讲课时提出了一个有趣案例让大家讨论。被告人涉嫌伪造德国货币，但他伪造的是国家从未发行的 30 马克面值的纸币。弗特法官告诉大家，被告人究竟是否伪造了货币，这种需要证据加以证明的事项便是案件的事实问题。同时，由于德国不存在 30 马克面值的货币，因此即使是有充分的证据证明被告人的确伪造了面值 30 马克的纸币，他是否构成伪造货币罪仍有疑问。这涉及到对有关伪造货币罪的法律条文含义的解释，乃是法律问题。事实与法律的二分不仅仅有助于法律家更细致地分析案件，而且与不同法院之间在管辖权上划清彼此的界限十分重要。依据西方的司法传统，一审法院与二审法院之间的分工恰好与事实与法律问题的划分相对应。判断事实是由英美国家称之为审理法院的一审法院完成的，而到了上诉阶段，法官们所关注的就不再是事实或证据问题，而是要审查法律程序是否被违反，一审法官对法律条文的解释是否合理。在某些情况下，上诉法院改判案件的原因并不是因为一审法院的判决有什么错误，而只是居于更高层次上的上诉法官们具有不同的政策考虑而已。

时刻注意司法标准的统一性是法律家思维的第四个特征。这里的统一性大体上可以分为从时间维度上的统一与从空间维度上的统一，前者指的是法律的适用应当保持一种相当的稳定性，特定法律概念以及法律条文的含义不能以今人之是非昨日之是。而后者是指在法律所适用的地域范围内，司法者所采纳的标准应当是平衡的。这也就是人们赞扬法治胜于人治时通常所说的，法治的优点在于它可以提供一种合理的预期，使得人们在计划自己的行为的时候不至于朝不虑夕，从而获得交往和交易方面的安全感。同时法律又是普遍适用的，在管辖的范围内，法律对任何人所采取的标准都是一致的，而不会因人而异，见客下菜。问题的关键在于，就立法而言，制定规则的过程可能是复杂而冗长的，法律条文有可能与社会生活脱节；而作为条文载体的语言也可能－－也可以说是必然－－有模糊、矛盾之处，某些条文甚至可以作出相当不同的解释。这样一来，法律在适用过程中的统一性就基本上要依赖法律家群体在知识背景、概念把握、对特定条文含义的理解乃至价值观念上的一致性了。从来就没有单纯的规则的统治；法治状态的建立离不开建构良好、能够认真地履行使命的法律职业共同体。在这个意义上，所谓法治不过是那些由于训练、职业意识以及其他社会化的过程而变得不可能以恣意的方式处理问题的人对社会的统治。法律以及司法标准的稳定性并非来自于立法，而是来自于法律家们的推理方法，来自于表达意义所使用的语言，也来自于法律职业者的同质性所产生的对知识与行为两方面的制约。

在武汉的课堂上，来自美国第七巡回区联邦上诉法院的伍德法官问湖北省法院的法官："你们是否经常研究其他法院——例如上海市高级法院——的判决？"

湖北省的法官们据实以告，他们没有条件及时地获得其他兄弟法院的判决，所以除了在开会的场合，来自全国各地的法官可以交流一些看法之外，经常研究其他法院判决的机会并不多。

伍德法官没有掩饰自己吃惊的神情。

不过，我在想，以今天我们的判决书风格，即使是能够及时地看到其他法院的判决，又能对司法标准的统一有多大帮助呢？

三、中国的特殊性

在举办这次系列讲座的过程中，我也经常思考中国司法制度的特殊性，思考这些外来者所传授知识对中国制度建设的意义，思考我们的改革所面临的特殊困难。饶有兴味的是，在课下与参与课程的中国法官议论有关讲授的内容时，我听到较多的一个说法是，中国有中国的国情。当然，每当谈及中国国情的具体内容时，法官们所说的大多是我们的制度以及法律运作中不那么好的东西，例如，法院院长会发牢骚，说我们的法院哪能和外国比，处在地方党政的领导之下，全院上上下下百十来口的生计都放在你院长身上，你如何独立得起来？看到来讲课的外国法官都是学识渊博，分析问题头头是道，佩服之余，也会大发感慨，觉得中国法官在素质方面差距太大。因此，国情论常常成为一种策略——目前自家条件尚不够，需要假以时日，等相关的制度和法官素质提高之后，国情就不会再成为妨碍我们借鉴外国经验的障碍。

实际上，特殊性或许会永远存在下去，而且特殊性也不总是坏东西。如果我们不顾社会条件和文化上的差异，不假批判地引进那些在外国行之有效的制度，结果将未必像我们引进时所预期的那样好。尽管如此，我们还是要说，作为解决社会纠纷的司法制度，中西古今之间的差异或许被夸大了。仔细地研究我国古典的司法观念与制度，可以看到，像司法中立、司法独立这类观念都有相当强烈的表达。只是我们传统的社会结构与文化格局使得这种中立与独立的愿望无法获得一种职业法律家作为物质的依托，无法获得独立的法律知识作为学理的依托。在过去的几十年间，意识形态方面的阻隔又使我们走向封闭，知识与法学传统无以累积，制度建设自然也只能是磕磕绊绊。结果是，涉及司法制度的一些常识和基本理念都相当隔膜。例如，法院究竟是一个怎样的机构，司法机关与行政机关之间，除了管辖事务上的差异之外，在权力行使方式、人员选任标准以及内部管理模式等方面是否也应当有所不同，司法独立究竟有助于社会安定，还是危害社会秩序，等等，都普遍地存在着一些似是而非的观点。

从此次系列讲座中所反映的情况看，有几个方面是双方不太容易相互理解的。一是法律职业者所应当追求的目标，究竟是一种没有缺陷的制度，还是充分意识到法律的局限性，把司法作为平衡不同利益的机制，在获得某种价值的同时，也容忍某些价值的丧失？西方法学家总是强调后者，而我们长期以来形成的传统思路却很难理解这样的见解。我们总以为，法律家解决问题的过程中，也存在着一种道德上的判断问题，需要在是与非之间划出一条明显的界限。最能够体现这种观念差异的，莫过于对调解制度的认识。美国的流行观念大抵上是把调解视为以比较含混的方式解决纠纷，然而，在我们这里，无论是法律条文，还是实际运作过程，都存在着所谓在分清是非的基础上进行调解的要求。问题在于，许多情况下，是非是分不清的；如果是非总是泾渭分明，调解制度的意义就要大打折扣了。

与追求完美相适应，我们的司法传统里，实事求是的倾向极为强烈。人们不是把司法过程视为纠纷平息的过程，而是将其视为发现真理的过程。于是，庭审过程中，所谓证据排除规则很难获得理解——能够证明案件事实的证据为什么要排除掉呢？上诉审也可以接受新证据，而不论是否由于当事人自己的过错延误了证据的提交。二审判决生效后，仍然有审判监督程序，当事人还能够以发现了新证据或其他某种理由要求重审，于是，司法判决的终局性就不存在了。应当说，在制定社会政策以及科学研究的层面上，实事求是的正当性是毋庸置疑的。然而，司法是一种有时间和资源限制的工作，它必须遵循法律的正当程序，它不容许当事人无休止地将案件一遍又一遍地提交给法院。甚至可以说，一定程度的错案率是一个

良好的司法制度下的自然现象。在实体上实现完全的公正毕竟是我们人类的能力所不可企及的。

此外，在司法权的行使范围方面，双方也存在着明显的理解差异。一方面，我们知道西方国家尤其是美国法官的权力相当大，另一方面，来华讲课的美国法官却不断地强调他们非常注重司法权的消极特征。这似乎是一种相互冲突的信息。也许，来自华盛顿的爱德华兹在他的开场白里说的一番话可以解释这里的矛盾："美国法院之所以拥有巨大的权力，是因为我们总是仔细地限制这些权力。在美国，法院的判决和命令不存在执行难的问题，除了法院具有崇高的地位之外，更因为它的权力只是在有限的范围内行使。"爱德华兹法官重点阐述的一个概念是"justiciability"，这个通常英语辞典查不到的词大概可以译为"可司法性"——只有具备可司法性的事务才是法院可以受理的，当然，还必须有具备诉讼资格的当事人的起诉，相关法院必须有管辖权。中国的法院面临的问题有所不同，独立的司法界在这个国家里缺乏正当性资源的支持，于是法院不得不以更积极的姿态行使权力，以获得可能的社会地位。然而，司法权的行使范围缺乏有效的限定，加上行使权力者的行为缺陷，将对司法制度产生更严重的伤害。近年来法院声誉的下降与此有很大的关系。

在结束这篇札记的时候，我愿意表达这样的想法：制度建设与建筑大楼之间的区别在于，前者不可能有一个工程开始之前就绘制完成，然后由工匠们严格依据的图纸。制度的设计者当然有其意图，但是这意图从设计者的大脑中通过语言表达出来，再由头脑中装着各种各样念头，并且这些念头又不断变化的人们加以操作，最后制度再产出结果。这一路也可以说是颠顿风尘，丢失掉的和添附上的东西同样都是难以预料的。况且制度本身也有其生命，有着不依人的意志为转移的惯性。这些复杂的因素提醒我们，在建设一种可欲的司法制度的时候，宏观的制度设计固然是重要的前提，但是，不嫌微末地进行具体制度的构思和建设是更加要紧的事业。困难看起来很多，但是，推倒第一张多米诺骨牌也许并不是一件难事。

1998 年 10 月燕北园

原载宋冰（编）：《程序、正义与现代化——外国法学家在华演讲录》中国政法大学出版社 1998 年版，页 466－476

"西南政法大学学子学术文库"总序

by 贺卫方

西南政法大学建校至今已历五十寒暑，中间虽遭遇"文革"之乱，停办近十年，但仍有十万之众的莘莘学子前后就学于此。歌乐山魂培育浩然正气，嘉陵江水滋养人文精神。十万毕业生活跃于神州大地，为国家法治大厦之建设添砖加瓦，贡献才智，已形成法律界广受关注的西南法律人群体，造就了西南法律教育与这里的毕业生独特的品格与精神。

在校庆50周年到来之际，西南政法大学北京校友联谊会与法律出版社联合推出“西南政法大学学子文库”，这是对我们的母校50华诞的献礼，是对这所中国法律教育与学术研究重镇所取得成就的一次检阅，同时，我们也希望这50部著作能够成为后来者在法学研究和法律教育的道路上继续跋涉的阶梯，此外，还希望通过这些著作，能够向读者昭示西南政法大学的传统与精神。

体现在西南教育过程中以及学子著述里和行为上的品格与精神首先是强烈的忧患意识。忧患意识是中国知识分子的一种生生不息的传统。“士不可以不弘毅，任重而道远。仁以为己任，不亦重乎？死而后已，不亦远乎？”曾参的话最能够表现中国知识人的那种强烈的忧患意识和责任感。不过，近代以降，由于引进了西方的学术与教育制度，知识人有了不同的专业，因此在忧国济世与专业追求之间会有某种紧张关系。但是，对于一种在这个国家的历史上未曾存在过的新专业人士的法律人，他们与其他领域的人相比，在当今的中国注定要遭遇更多的坎坷。在人民共和国成立之后，法律教育很快就处在受抑制的状态。实际上，1950年代前期如西南政法学院等政法学院的成立与其说是对法律教育发展的起点，不如说是限制法律教育的举措。因为每一所政法学院都是以合并若干所综合性大学法律系的基础上而建立的；政法学院的出现其实大大缩小了中国法律教育的整体规模。比规模更重要的变化是，“政法”这样的概念所预示的法律教育内容与目标与既有传统的断裂。

因此，在政法学院里的人，无论是教师，还是学生，一开始就处在一种压抑的心态之中。我们看当时涉及法律教育的主流话语，完全是排斥法治的。到了20世纪60年代，这种排斥愈演愈烈，终于导致法律教育的完全停滞。教师下放劳动，学校纷纷解散。在这样的情况下，法律界的知识分子的忧患真正是刻骨铭心，难以排解。文革浩劫之后，法律教育虽然恢复，法治建设也逐渐提上日程，但是书本上法律理论与社会中的实际状况之间巨大的反差仍然是法律人经常面临着的巨大痛苦。尽管位居西南，多少有些“处江湖之远”，但是这种由于专业的特殊性而加剧了的忧患意识却没有须臾少缓，甚至正因为与政治中心距离的遥远而更有所强化。

在法律教育以及法学研究方面，这种忧患意识与理性和开放的精神相结合，形成了西南法律人好学深思、平等讨论的尚智风气和不盲从、不迷信的学术品格。尤其是复办后的一段时间，校园里百家争鸣，学术墙报放言无忌，新论叠出，一些观点或论证，今天读来，或不免稚嫩，但是，在当时的舆论环境下，却颇有石破天惊之感。正是这样的校园风气，培育了西南法律人那可贵的怀疑和批判精神。

怀疑和批判不是一种情绪化的表达，而是建立在广阔而深邃的知识积累基础上的理性论证。最初，设置单科型政法学院的目标正是为了培养偏于技术化或工匠型的法科人员；不在一个综合性大学里，学生以及教师的知识视野就必然受到限制，批判精神便无从发育。然而，西南法律人的独特之处在于，他们意识到了这种教育体制的局限性，并且付出极大的努力，力求突破这样的局限性。图书馆里的手不释卷，山荫道上的玄思妙想，宿舍卧谈中的唇枪舌剑，无不显示出这所专业略嫌单一的大学中的师生们不拘泥于法学一科、寻求超越的努力。这样的追求在我们的毕业生身上已经有多样化的体现：除了那些从事法律教育和法学研究的人们经常在作品中显示出他们多学科的知识修养之外，不少校友进入政坛，或从事着法律之外的业务而且胜任愉快，一些人甚至成为戏剧作家、旅行（作）家、诗人、哲学家。相信随着母校向综合性大学的不断迈进，我们的毕业生在这个特色方面将更加令人瞻目。

对于人而言，50 岁已经是“知天命”的年龄。但是，就大学而言，50 岁只能说是世界大学之林中的一颗幼树。尽管我们的母校已经形成了一种独特的精神和传统，在人才培养方面也取得了巨大的成就，但是，我们还需要为建设一所伟大的大学而作出艰巨的努力。作为校友，在献礼的同时，我们也表达对母校美好前景的衷心祝福，祝愿母校的优良传统不断发扬光大，祝愿我们的校园永远桃李芬芳，祝愿我们的校友人才辈出，在不断提升母校地位的同时，也为整个国家法治大业的成就作出更多的贡献。

邈邈学府，在蜀山中。孜孜弘道，惟我学子。

文库编委会（执笔：贺卫方）

2003 年 8 月 6 日

按：“西南政法大学学子学术文库”共 50 种，由法律出版社于 2003 年 9 月一次出齐

《北大法律评论》第一卷，法律出版社 1998 年

《北大法律评论》——全国第一份由法律专业学生独立编辑、公开发行的连续出版物——终于诞生了。在创刊卷的编辑过程中，主持编辑工作的几位同学一再要求，希望我能写点放在前面的话。我推辞再三，因为自己无论从哪方面说，都不够资格在这个地方说三道四。贸然应允，佛头著秽，不待人笑，自己先已前仰后合。无奈同学们很执着，他们称这份出版物的缘起很受到我作的一次讲座的激励，并且从一开始起便得到我的很多关心，另外我过去还做过多年的法学刊物编辑，算是编辑行当里的“专家”。推辞不过，只好应承写来——用电脑写这篇文字时，拼音“应承”（ying

cheng），结果显示栏里出现两个选项：“应承”和“硬撑”，心中不免一惊。

在世界上，由学生主持法学方面的高层次连续出版物是从美国的法学院开始的。在当今美国，所有号为“法律评论”的刊物毫无例外，都是由各法学院的学生编辑的。熟悉西方法律学术发展情况的人都知道，这些刊物对法学研究的功绩是多么大。许多所谓“Law

Review

Articles”正是一座座法律学说史和法律制度史上的里程碑。手边正好有一份刊登于《芝加哥一肯特法律评论》（卷 71，1996）上的“引用频度最高的法律评论论文表”，从其中我们可以看到，霍姆斯的“法律之路径”，庞德的“机械法学”，哈特的“实证主义以及法律与道德的分离”，卢埃林的“现实主义法学之趋向”，以及科斯创建了著名的“科斯定理”的经典论文“社会成本问题”等等，都是发表在这类法律评论上。在几所一流法学院的法律评论上，一篇重要的文章出世，马上便引得举世关注，天下议论。法学研究的风格可能由此转变，

司法实践的路向或许为之扭转。“龙门刊物”之誉良非偶然。

由学生编辑的出版物能达到如此高的水准，其中当然有各种制度和社会的因素在起作用。美国法律教育的特殊设计，优秀法学院学生的高水准，编辑选任方面的激烈竞争（担任过著名法律评论的编辑这一经历可以成为一个人终身的荣誉和择职时极有力的筹码），刊物编辑理事会的独立地位以及运作机制，稿件的筛选和编辑程序，以及这样一种良性循环——编辑们为求刊物以及所在法学院的声誉而只发表最具质量的文章，高质量文章发表之后又进一步提高刊物对优秀法学家的吸引力。在全世界范围内，这是一种非常独特的“法律评论现象”。尽管也曾有论者对这种学生办刊物所存在的缺陷提出批评，但是，美国的法律学术发展今后仍将维持这种法律评论为枢纽的格局，恐怕没有人怀疑。（有兴趣的读者，请参看方流芳教授以《哈佛法律评论》为例的个案研究，载《比较法研究》卷 11，1997。）

在我国的大学里，学术刊物的主导类型是学报，而学报都是由学校专门设立由专职编辑组成的编辑部编辑的。在法学方面，一些主要的法律院系都出版有自己的一份或几份这类刊物。学生办刊物当然也有一些，但只是以发表学生自己的作品为主，并且大多属内部发行，影响范围极有限。学报型刊物自有其优点，例如编辑的专业化程度比较高，对相关领域的学术发展有更深刻的把握；编辑人员相当稳定，因而刊物的风格容易更长久地保持；在经费方面有“皇粮”保障，从而可能避免经济压力带来的商业化运作倾向；等等。但是，从实际情况看，这种体制的弊端也十分明显。诸如编辑管理上的官僚化倾向，编辑人员长时间单一的管辖领域和职业生活带来的惰性，吃“皇粮”所要付出的代价——对“皇室成员”必要的关照——以及由于编辑人员过于稳定可能导致的关系因素影响学术质量等等。这只是荦荦大端而已。我曾主持过一份学术刊物编辑工作长达八年，自以为深知其中甘苦和利弊，也深信这种格局需要通过某种全新类型出版物的引进来改变。

从这个意义上，《北大法律评论》的出现可谓应运而生。据我了解，从事编辑的几位同学对相关制度的建立极其认真，他们将《评论》定位在一个很高的水准上——虽然由学生编辑，但以发表法学最高水准作品为宗旨。他们建立了匿名审稿制度，更合理的作品分类和与之相适应的栏目设置，有助于学术规范化的注释和其他技术体例。更重要的是，为了维系这份事业的连续性，他们从一开始便注意到编辑人员中的不同年级、不同类别学生编辑的合理比例，建立随着年级的更替，不断地有“新鲜人”（freshperson）中优秀分子参与其中的制度。说老实话，《评论》能否持续地出版下去，是我最担心的一个方面。想起我们的古话，“新官上任三把火”，“君子之泽，五世而斩”，说的都是热情和事业持之久远的不易。不能久远，并非由于人无常性，而是我们缺少维系人的热情于久远的制度环境。一份出版物长久不间断的出版绝不仅仅具有时间跨度上的意义；它意味着一种真正的学术累积，意味着学术共同体的形成和稳固，意味着学术界与社会之间持续不断的良性互动。在与第一届编辑同学的交谈过程中，我看得出他们都为能够成为《北大法律评论》的“创办编辑”（founding

editors）而有一种溢于言表的兴奋感。我也不免受到他们的感染，很希望《评论》能出手不凡，成为这个国家里的一流法学出版物。不仅如此，我更期望这项伟大的事业能天长地久，流水的编辑能够办出铁打的《评论》。

《经济学家》，1843 年创办于伦敦，至今仍出版，并且国际信誉卓著；

《哈佛法律评论》，1887 年创办于坎布里奇，至今仍出版，是美国乃至世界法学研究水

准的标志；

《北大法律评论》，1998 年创办于北京（时值北京大学百年校庆）……

1998.2.28.燕北园

转载自《北大法律评论》

《超越比利牛斯山》新序

为庆祝母校西南政法大学成立五十周年，北京校友会策划了这样一套规模不小的学术文库。作为一个一直热心校友活动的毕业生，自己为能够参与这件盛事而感到由衷地快乐。但是，当几位老同学劝我也应该为这套丛书贡献一种的时候，我却犹豫起来了——近年来已经出版过几种文集，新东西很少，根本没有足够的材料做出一道能够与这桌学术盛宴相般配的佳肴来。

推托不过，只好另辟蹊径。忽然想起过去曾经计划编辑过一个自己文字的选本，当时我的家乡出版社——山东教育出版社——约请一些学者编辑一套自选集丛书，每个人的集子中包括论文、随笔以及对话等。我觉得这是很好的一个安排，就用了一段时间，编成一个集子，写了自序，书名也取好了，就是眼下这个名字。但是，后来考虑再三，自己还是主动要求退了出来。只留下一篇自序无书可附，在网上偶尔露露面。

自那以后，六年的时间已经过去了。这些年来，我又陆续写了一些文字，尤其是随笔评论类的东西，发表得较多，也有几个集子出版。现在，为了参加这套丛书，不妨在此前的基础上，重新编辑一个新的文集，作为给母校生日微薄的献礼。于是就选择了 5 篇论文，30 篇随笔和 7 篇序文，加上不久前在母校所作的一场关于西南政法大学精神的讲座记录稿，辑成此集出版。由于多数文章此前曾经收入过《司法的理念与制度》（中国政法大学出版社 1998）、《法边馀墨》（法律出版社 1998，2003 第 2 版）、《具体法治》（法律出版社 2002）以及《运送正义的方式》（上海三联书店 2002）等书，只有演讲一篇、作为硕士论文一部分的“天主教的婚姻制度以及教会法对世俗法的影响”以及 30 篇随笔中的 8 篇新作未曾结集出版，所以已经有上述各书的朋友大可不必再破费有限的书钱买这本书了。

把已经出版过的文字重新组合再出版，一个现成的借口是常言所谓敝帚自珍。这个成语不仅仅可以表达一个人对于自家文章的心情，也不妨用来形容一个毕业生对母校的多多少少有些非理性的情感。西南政法大学已经度过了她风雨苍黄的半个世纪岁月，跟世界上一些古老大学相比较，五十岁的大学只能算是处在童年期的小弟弟，况且就学科设置、图书收藏、校园建设等方面而言，西南不足之处尚多。但是，在我们这些毕业生的心中，对母校的看法显然搀杂了太多的情感因素。在歌乐山下的这片不大的校园中，我们度过了美好的青春时光。西南给我们的，不仅仅是专业的训练和一纸毕业证书，更重要的，是四年里心灵的熏陶，人

格的提升，以及那种独特的校园气氛对于每个人性情的塑造，当然还包括一辈子都脱不去的老火锅汤一般浓烈的西南情结。在题为“西南法律人的精神”的演讲中，我表达了自己对于母校精神的理解，那当然是很粗浅的，或许只表现了我的一偏之见。不过，我真诚地期望，五十周年庆典能够成为母校焕发新的青春的契机，在今后的岁月里，这里能够有越来越浓郁的学术气氛，一代又一代的毕业生能够为国家的法治建设事业做出更出色的贡献。

2002 年 12 月，广东校友会在广州成立，我应邀参加这次盛会，近千名活跃在广东法律界以及其他行业的校友在广州花园酒店会议厅里济济一堂，那样的气氛给我很大的感染。广州是康有为万木草堂的所在，我们又在花园酒店聚会，于是就触景生情，不怕在场的高绍先老师见笑，打油一首，表达自己的喜悦甚至为校友的杰出成就而骄傲的心情。不揣浅陋，把它录在这里作结：

法治万木欲参天，

自由百花已成园。

人间哪得美如许？

西南学子聚岭南。

贺卫方

2003 年 7 月 7 日

《超越比利牛斯山》自序

“在路上”书系实在是一个极富创意的选题构思。出版社寄来的约稿通知里称这套丛书“旨在推举站在当代学术前沿并具有权威性和号召力的人文社会科学领域的这一代学人的优秀代表，汇集他们的重要学术论文以及思想文化学术随笔，从而展示他们在学术领域里继往开来、自强不息、坚定执着地探索研究的成果。”这样的表达很让人振奋，同时，我也感到前额有些湿润。十多年来自己一直在大学中从事法学的研究和教学以及法学刊物的编辑工作，不过，作为一种现代行业，大学教师总是要不断地思考本学科领域里的一些问题，总是要经常地阅读和写作。写作和发表的动机多种多样，可能来自功名的冲动、职称的压力，也可能只是兴趣所在，不写手痒痒。所谓成果也有高下之分甚至云泥之别，并不必然表示作者就晋身为“学人”，更不必说登堂入室，成为学人的“优秀代表”。我之所以有些汗颜，便是因为感到帽子的型号过大，自己戴在头上，有些旷里旷荡的。通知又要求每一个作者在书前“写一篇有关自己思想学术历程及国家、个人学术命运的散文体自述作为序言”，这更是把作者推到了前台，我知道了什么叫做藏身无地。但体例如此，也只好“坚定执着”地把这篇东西写下去。

我走上法学这条道路有些偶然。参加高考恢复之后的两期考试，报考的都是中文类专业，这一方面是因为自己一直梦想着成为一个作家，另一方面，高考之前，我压根儿不知道天底下尚有法律专业这种行当。因此，当 1978 年 9 月我意外地接到西南政法学院的录取通知书时，既喜出望外，又有些不知所措。我不知道学习法律对于我来说到底意味着什么。不管怎么说，上大学总是好事，况且那一年为求保险，第一志愿报的还是山东省内的一家师范学院呢。

八十年底末的中国，真是一个充满了憧憬和理想主义的地方。大乱甫定，新时代开始的兴奋感写在每一张脸上。卢新华等人的“伤痕文学”在全国广泛传颂。李洪林在报章上推出了系列文章，追问我们究竟坚持什么样的社会主义，什么样的马克思主义。南斯拉夫实践派的文章常常是《哲学译丛》的主题。喇叭裤的流行让很多人摇头叹气也使得裤脚宽度似乎成了思想解放程度的测试器。

对于学习法律的青年男女来说，最重要的是，中国共产党和政府对于社会主义民主和法制的强调达到了共和国建立以来前所未有的高度。这似乎为我们的社会以及我们法律专业的学生都许诺了美好的前景。在西南政法学院那稍嫌破旧的校园里，我们这一批文革之后首届学生们以极大的热情投入到对于法律知识的学习之中。现在回忆起来，那个时候法律教育的基点是相当低的。教材或者是由其他大学工农兵大学生所编写的作品，或者是本校教师因陋就简仓促编就的教学大纲。基本的特点是意识形态色彩极其浓厚，法学自身所应有的知识和意识都相当粗陋和不系统。不过，两个因素帮助了那一代以及随后的几代学生，一是教与学两方面对于探求知识的热情，一是当时同学们表现出的忧国忧民的情感。那个时代，市场经济还是资本主义的同义语，“一切向钱看”的口号还要等三五年后才流行和受指责。大学院墙里的气氛大致上还是单纯的。

当然，随着学习过程的深入，当时的法学知识体系的贫乏越来越多地显露出来。一提到法律，唯一正确的定义便是统治阶级意志的体现。说到西方国家的法治，就一定是虚伪的和垂死的。凡是社会主义的法律，肯定具有资本主义和一切剥削阶级法律所不可比拟的优越性。学习法律的人就是要成为无产阶级专政的“刀把子”。这样简单而僵硬的教条式知识不免让年轻而好奇的大脑感到深深的不满和失望。一些同学开始转向，写电影文学剧本者有之，研究宗教者有之，吟诗作曲者有之。法学到底算不算得上是一门学问呢？不少同学心里都有些犯嘀咕。

说起来，法律学乃是人间学问中相当古老的一门。在我国传统社会，由于特殊的社会结构和社会秩序传统的影响，法学严重地发育不良，这与西方的情况形成了强烈的反差。在那里，古罗马时代法学的昌盛自不待言；最早的近代型大学－－意大利波隆那大学－－从一开始便是一所法学院。近代以来，法学在西方各国都居于显赫的地位。作为一门实践性很强的学术领域，现代西方法学对于法律制度的发达所产生的影响更是至深且巨，而越来越多的研究表明，西方近代法律对于所谓合于理性的资本主义的发生和发达起到的作用十分关键。作为一门独立的知识体系，法学具有自己的概念系统、丰富的思想内涵以及大师辈出的各种不同的学术流派。这样博大精深的一门学问在那时的中国沦为上面列举的那种干巴巴的教条，实在是一个悲剧。

当然，和任何实践性学问一样，法学的研究也有不同的层次。大体上说，研究的路向可以划分为两大类，一是从内部进行的研究，一是从外部的研究。内部研究偏重于法律规范本

身的逻辑结构、法律文意、法律适用的过程等等。外部研究则更关注法律的形成、法律规范与其他社会规范之间的关系、制度与观念以及一般社会文化之间的关联、影响法律秩序变革的因素等等。从比较早的时候起，我对于特别严格的内部规范研究就不太有兴致。从大学三年级开始，我的兴趣基本上转到了外国法制史领域，同时对于与法律史密切相关的社会史、宗教史、哲学史等等都兴趣盎然。那时，英文水平相当幼稚，但还是从图书馆借来了大厚本的《中世纪史》（我记得作者名字仿佛是 Sydney

Painter）和其他一些英文原著，边查字典边生吞活剥。自己的这种兴趣以及求学期间所遇到的几位非常优秀的法律史老师的引导，使得我在大学和研究生两次毕业论文都选择了天主教教会法这个既古且洋又生冷的题目（收入本书的有关教会法的那篇文章便是硕士论文的一部分）。与此同时，兴趣向历史的转移也使我早早地就打定主意，要一辈子从事法学的教育和研究工作。

1982 年，我考入北京政法学院攻读外国法制史专业研究生。第二年，这所学院变换名号，成为中国政法大学。我在这里读书三年，毕业后留校任教，如愿以偿地成为一名大学教师。从那以后的十多年来，自己的研究仍然坚持上边提到的那种外部路向。这十多年中国的法学研究取得了极其明显的进步。仍然恪守干巴巴教条的人越来越少了，法学界的气氛相当活跃，法学出版物日益增多。自己在这个过程中也做了一些工作。例如，发表了若干西方法制史、比较法学以及中国司法制度方面的研究成果，参与创办并在八年的时间里主持《比较法研究》季刊的编辑工作，翻译出版了数量不少的外国比较法学著作，还主持了几套译介西方法学著作的丛书。这本书所收的文字大致上可以反映自己的一些研究情况。

不过，就总体情况而言，我们的法学研究还存在着种种不尽如人意之处。一方面，作为一门与社会生活密切关联的学科，它对于社会发展的影响既少又肤浅；另一方面，这又是一个自主性相当低的学科，经常急功近利，过于灵敏地追随社会流行观念的变化。实际上，这两方面的缺陷是互为表里的；太容易获取的东西总会被视为轻贱之物，合用则用之，不合用便弃之如弊屣。我觉得，中国法学之所以现状如此，原因大概可以从下面这几个因素加以分析：

第一，在我们这块土地上，法学是一个缺乏传统的学科。一国学术传统对于当今的学术发展是有着潜在的影响的。例如，在我国的哲学、史学、文学批评、语言学等领域，尽管也有大量的西方学说和理论输入进来，但是，本国的学术并没有被放弃；相反，本土的学术与外来的理论和知识的融合结出了丰厚的果实。我们不难列举出一连串杰出的新经典作品来印证这样的判断。反观法学，情况就很不一样。由于古典社会法律秩序的正统性在现代社会中已经荡然无存，关于那套秩序的学问在今天变得只有历史的意义。况且即使是在传统社会，律学只占着一个相当卑微的地位。《汉书.卫觊传》中引卫觊的话："刑法者，国家之所贵重，而私议之所轻贱。狱吏者，百姓之所悬命，而选用之所卑下。王政之弊，未必不由此也。"这种情况并不限于汉代；在我国历史的绝大部分时间里，读儒家经典出身的士大夫们对于律法之学基本上是不屑一顾的。这使得我们在近代初期遭遇西方法学挑战的时候，不得不面临这样的艰难抉择：对于西方法学，要么全盘拒绝，要么照单全收。结果我们选择了后者。尽管我们放弃了本土那点儿可怜的律学，然而，传统学术格局中律学的卑下的地位却依旧影响着或连累着今天的法学家们，令他们趋炎附势，令他们把应景文章当学术制作，令他们在西化的知识与非西化的社会之间不知所措，也令其他学术领域的学者们不把法学作为一门他们应当有所了解——哪怕只有点头之交一般的了解——的学科。

第二，跟其他学科一样，法学的发达需要长时间不间断的积累，每一代人只能在前人研究成就的基础上添加一些新东西。当然，开山立派的大师肯定是要有的。但是，大师也不能空穴来风，无所依托便硕果累累。吸收前人成果，创造性地解释前人的成说，以所谓同情的理解的态度对前人观点加以批判和发展，从而使学术的链条不致中断，这些都是维持一门学问于不坠的重要条件。然而，近代以来的中国法学却没有这样的条件。先是战事频仍，兵连祸结－－没有哪门学问比起法学来更不见容于战乱了－－随后是政权更替，打碎“旧法统”的同时也使从前的法学遭受池鱼之殃。“封建的”法学送进了博物馆，资产阶级的法学扫进了“垃圾堆”，苏联版的社会主义法学随着 50 年代末中苏交恶也成了店底宿货，对于 60 年代的中国法学家来说，果然是白茫茫大地真干净了。我们 80 年代末进法律学校时所遇到的那种法学极度贫乏的状况当然不是偶然的。

第三，我们的法学缺乏对于其他人文学科和社会科学学科成果与方法的吸纳。在收入本书的一篇文章里，我曾谈到法学并不是一门自给自足的学科，它需要从其他学术领域汲取发展所必需的养分。我们前边提起过的波隆那法学院从一开始便要求学生必须要学完人文七学科之后方可进法学院，这样的要求自有其道理。近十多年来，经济学深刻地影响法学研究并导致一系列划时代的成果出现，法律与文学运动融合了法学、语言学、解释学以及文学批评等学科于一炉，新论叠出，创获多有，都是法学需要多学科知识滋养的晚近例证。但是，我们的法学界却要在一个贫乏的基础上“两线作战”，一面努力建立和丰富自身的知识体系，求得学科真正的独立，同时又要分出很大心力，不断地寻求与其他人文社会科学学科的融合。我们看到，近年来由于法学界的若干青年先进的努力，后一个方面的状况正在得到改善。但是，前一个方面的情形似乎还没有明显起色，两方面研究之间的互动虽然有一些进展，但还远远不够。

在出版社要求应该用“散文体”写就的这篇自述里，上面的这些枯燥的论证不免有些文不对题。虽然这些论证似乎言之凿凿，也表达了个人的学术追求，但是，坦率地说，自己“在路上”的感觉并不是那么坚韧不拔地跋涉，“一直朝前走，不向两边看”。实际上，自己能够坚守法学教育和研究这个“摊子”，在一定程度上是由于大学教师这种职业本身的吸引力。我的一位朋友说他很庆幸活在一个有大学的时代，这话深得我心。作为一种专门的学术研究和教育机构，大学提供了一种特殊生活方式的可能性。这种生活虽然并非远离尘嚣，但毕竟与尘世有着一定的距离－－距离大小在一定程度上也可以自我调节。大学教师属于一个没有等级的职业，他没有什么权力可以行使，却也不受什么等级的约束，例如副教授就不是教授的下属，无须“下级服从上级”。物质上虽然清苦，但是却可以得到其他一些方面的高额补偿：讲堂中的知识乃至心灵的交融，夜深人静时的书海漫游，三五同道相聚时的切磋商量，一辈子都跟这国家里一代又一代最优秀的年轻人在一起的乐趣……还有什么比这样的生活本身更让人感到心满意足的呢？遥想传统社会里的读书人，只有科举入仕一条正统的路可走，功名事业，终生奔波；落第举子以及仕途受挫的人们只能长吁短叹，终生郁郁不得志，真是可怜。为什么古人没有想到办大学呢？李贽该是一位中文与哲学两系合聘教授，他那快谈雄辩、目空一世的风采将会迷倒多少校园“追星族”！

我得承认，自己这种多少偏于游戏的心态并不那么像通常标准下的学人，同时我也时常对于所谓学术研究的社会价值有些心存疑虑。我喜欢的是有些人文气息的法学研究，或者在法学研究的同时涉猎一些人文学科的知识。在从事对某些与现实的法律生活联系密切的问题－－例如，当今中国的司法制度改革－－的研究时，我便会深深地感到书斋里的知识与社会

的知识之间的距离。我想拉近这个距离，但又下意识地相信保持这样的距离蛮好。于是，不免时常表现出徘徊和迟疑。在编辑这个集子、重读其中文字的过程中，这种徘徊心态加剧了。

最后，让我简要地介绍一下这个集子的编选考虑。开始时我曾说，“在路上”书系是一个极富创意的选题构思，这不是一句例行的恭维；论文、随笔和对话的三分法很对我的路子。假如要编一部 20 多万字的学术论文集，不怕见笑，我恐怕要拿一些自己感到算不上论文的篇什来充数了。另外，我是法学界写千字文较多的一个作者，发表在不同报刊上的随笔、杂文加起来已经接近百篇，可以在这样一个集子里收入其中的一部分，当然是令我很快意的一件事情。丛书的编辑体例又容许收入对话，好得很，我恰好发表过一篇与两位朋友的长篇学术对话，“不搭配斯”，天作之合，我怎能不感到意外的喜悦呢。

六篇论文短者万余字，长者六万字。最早的是论教会法的一篇，发表于 1986 年，最晚的一篇要到 1997 年年底才发表得出来，前后跨度 12 年。收入本书的随笔也都写于同一时期。我把它们分作两组，一组是我的本行法律方面的，另一组篇数少些，但却比较杂，涉及到一般文化现象、编辑出版、样板戏、辩论赛、朗费罗诗扇等等，大体上可以算是一些文化随感和笔记。收在这里，不知能否起到约稿通知里要求的表达“人文情怀”的作用。最后一篇对话需要略加说明。1995 年起，《公共论丛》在三联书店出版，承实际主持编辑工作的刘军宁和王焱两先生不弃葑菲，把我列为三个编者之一，实际上我没有做任何编辑方面的事务。于是，一边不断地敦请军宁把我的名字去掉，一边考虑是不是为刊物做点事情，以减少些愧疚。军宁也约请我写点形式上稍活泼一些的东西，当时我和朱苏力、张志铭两位先生都很关注正在进行的司法制度改革，便想，何不三人一起，就这个问题对一次话，现场录音，再加以整理，送给《公共论丛》发表？这样的对话体文章做起来不费力气，肯定是自然流畅的。谁知录音机一开，平常滔滔不绝的三个人竟都有些手足无措，不知说什么好。答应军宁的任务又必须按时完成，于是只好由我把他们两位所发表的文章找来，综合平常聊天的印象，闭门造车，“伪造”了这篇对话——但愿它只是“假冒品”而非“劣质品”。

在编辑这个集子时，我也对一些文章作了些修改。值得庆幸的是，自己发表文章的这十多年中，环境相对宽松，因此修改旧文时不必面临上一两辈学者修改文章时所经常面临的某种道德上的困难，虽然钱锺书先生所谓“模糊的铜镜”依旧不容易变得光可鉴人。

1997 年 8 月于北京半个世纪未遇之酷暑中

《法边馀墨》5 篇

by 贺卫方

1.法官的博学或无知

近读一本论述英国法官的著作(DAVID

PANNICK，JUDGES，1987)，对于这个国家的法官状况及相关问题颇增加了些了解。作者称英国法官“是一种独一无二的现象”。这个一个数量极少并且背景高度整齐划一的群体，成员们身穿猩红色法袍，头戴马鬃毛假发，年事便高，观念保守，虽然也食人间烟火，但却远离公众，履行着真正的圣职。书中引用作家乔治•奥维尔的话说，法官“乃英格兰最具符号化的影象之一。他是一种现实与幻觉、民主与特权、谦逊与庄严之间奇妙的融合，是各种妥协之间难以捉摸的网络，凭借着法官，这个民族方能保持其为世人熟知的形象。”

从前，自己一直认为，由于选任上的高标准和高龄化，英国的法官肯定是见识宽广、学养渊博的。这本书却告诉我们，不少的法官其实是渊而不博的，经常在法律以外的事情上出差错，其中不知何为“滚石音乐”者有之，家喻户晓的本国足球明星不知何许人也者有之，对流行的市井话语茫然无知者有之，审理强奸案而在性知识上闹笑话者有之，最奇怪的，有位法官迟至 1971 年仍不知牛津大学有位闻名遐迩的法理学教授 H.L.A.HART。甚至一些著名法官也是知识面极窄。曾在 18 世纪晚期担任过上诉法官院长和王座法院首席法官的 （此处为乱码。） 19 世纪初的大法官埃尔登勋爵“自知文学造诣极欠缺，因为多少年来，除了案件摘要之外，他什么都不读”。更有甚者据说另一位大法官克兰沃斯勋爵连法律知识也难称精通；他总不肯单独主持听审，因为害怕“一个人被孤零零地抛在黑暗里。”这倒让我们想起齐国那位怕单独演奏的南郭处士。

这本书的作者显然是个改革派。他认为法官知识上的缺陷应当通过改变选任标准以及在职教育而弥补。当然法官自己积极扩充知识是更重要的。他对美国最高法院的伟大法官们颇为赞赏，说他们博览群书，思想精湛，阅读和思考拓宽了也深化了他们对法律问题的理解，司法意见充分体现了他们的博学和精思。

那么，法官们应该读哪些书呢？作者引用了美国著名法官汉德推荐的一个作者名单。汉德认为，除了专门的法律著作外，阅读这些作家的作品也是同等重要的，他们是阿克顿、梅特兰、修昔底德、吉朋、卡莱尔、荷马、但丁、莎士比亚、弥尔顿、马基亚维里、蒙田、拉伯雷、柏拉图、培根、康德。当然，不一定是抱着全集啃，但至少要有“点头之交”。

中国的法官中有多少人与这些作家有点头之交？或者，与我们的先贤孔、孟、老、庄有过往还甚至莫逆之交？吾不得而知之。

原载《法学研究》1995 年第 3 期

2.法官与违法犯罪作斗争？

《中华人民共和国法官法》第 28 条：

法官有下列表现之一的，应当给予奖励：

……

（五）勇于同违法犯罪行为作斗争，事迹突出的；

……

法官法的这种规定是颇令人惊异的。很明显，本款内容涉及法官所承担的角色和要履行的职责，它要求法官要“勇于同违法犯罪行为作斗争”，而不只是在政府或其他原告对违法犯罪的追诉与被追诉当事人的辩护之间进行中立的裁判。

在一个法治社会中，以法院为中心的司法体系当然负有惩罚违法犯罪行为以维护社会安全的使命，但与此同时，司法也必须对政府权力加以制约，保障公民不受权力滥用的损害。在各种相互冲突的利益中，法院及法官应当是一种中立和公正的裁判人。与犯罪作斗争应该是警察以及检察官的事情。假如法官也加入斗争者行列，象从前一度流行的那样，“三马齐出动，拧成一股绳”，又由谁来对这种“斗争”加以监督，对“斗争”过程中滥用权力的行为加以惩罚和纠正呢？

不仅如此，“勇于……作斗争”的法官应予奖励的规定分明是一种倡导，表明所有法官都有“斗争”之义务，惟有那些敢斗善斗、斗志旺盛、越斗越勇的法官才能获奖，但是，同一法律在规定法官义务（第 7 条）时却只字不提法官有此“斗争”义务，只是要求“秉公办案”而已。两相比较，似乎很缺乏呼应和协调。

此外，本款所用者亦非法律用语，而不乏“斗争哲学”盛行时代遗风，这也是应该指出的。

原载《法学研究》1995 年第 5 期

3.立法与风俗

在习惯法日渐式微的现代社会，操立法权柄的人们很容易把法律的制定及其实施看作是十分人工化的过程。不是么，当认为某种社会关系、某个生活领域需要进行更为强有力的管理的时候，他们很自然便会想到制定体现管理意图的一些法律条文。法律颁布后，自然会有法院、检察院以及警察系统凭借强力加以实施。因此，社会关系便会有条不紊，社会秩序变能井然不乱；令行而禁止，言出即法随，治国之道，立法而已，又何难之有？

这种观念流行的结果，变是当今立法在数量上的急剧膨胀和在范围上的无微不至。古人所谓“宪令著于官府”，近儒所谓“庞然大兽”（LEVIATHAN）者，到了今天已经达到极至。一方面，立法越来越成为单纯的国家行为，非国家的组织、团体不得染指法律的制定，“大字的法律”成为强势“话语”“小字的法律”愈发削弱。另一方面，法律的民俗基础被极度忽视，甚至以立法改造乃至摧毁民俗的情况也时有发生，一通行数百年乃至上千年的民俗可以在不加严肃论证和立法辩论的前提下用一纸法令加以禁止。这是颇堪忧虑的事情。

也许有人会反问：难道陈规陋俗成了老虎屁股——摸不得了么？难道一些习惯、风俗只是因为它们历史悠久变具有了在当代社会继续存在的合法性了么？

这样的反问自然也不无道理。但问题在于由什么人根据怎样的标准通过什么样的程序来宣布一种风俗为“陈规陋俗”？风俗之所以成为风俗，在于它具有存在的价值和民情基础。当然，风俗不是民族工商业，它们本身并不能产生直接的经济价值；但是，我们却可以利用经济分析的方法，分析保留或废止一项风俗在经济学上的轻重得失。为了保存一种风俗，社会肯定要付出一定数量的成本，但冒然地废止它，社会或许要为着不断地维持有关法令的效力而付出更大的代价。除了直接成本以外，我们还必须考虑废止风俗所可能导致的民众心理问题，而心理上的成本却是难以计算的。

更重要的是，一个民族的风俗乃是深层次文化观念的外化形式，是抽象理想的外在依托，是文化秩序的重要组成部分。因此，民族风俗受到破坏最严重之日，必然是文化与社会秩序最为紊乱之时。文革期间，“破四旧，立四新”，我国传统与风俗遭剧烈破坏，法律秩序亦荡然无具，可谓殷鉴未远。

“一切法律本来是从风俗与舆论而不是从法理学形成的；也就是说，从不知不觉的活动力量而不是从立法者的武断意志形成的。”英国史学家古奇在他的著作（《十九世纪的历史学与历史学家》，耿淡如译，商务 1989 年版）中转述了萨维尼的这一鲜明的见解，并且表达了对萨维尼的下列观点的赞赏：

“法律象语言一样，是民族生活的表现；它是从民族的经验与需要，经过自然的过程而成长起来的。法学家不恩能够被称为法律的制定者，正如语法家不能被称为语言的制造者一样：他们只是发现了群众生活所创造的东西。这些创造物一部分仍然是习惯，而其他部分则变为‘法律’”。

在我们的社会处于激烈变革的时候，在我们的立法速度日益加快的时候，温习一下萨维尼们的学说，细细地思考一番我国今日的立法与我们民族的传统与风俗究竟应当保持怎样的关系，是十分必要，也是特别紧迫的。

原载《比较法研究》1995 年第 2 期

4.法律和语言

法律是一整套公布出来的行为规则。公布所借助的媒介，或白纸黑字，或口耳相传。总之离不开语言。

当然，有时立法者并不将法律公开，而是“内部掌握”。尽管两千多年前我们中国就曾有“铸刑鼎”之举，但是，法律的公开似乎总是一个难以完全实现的目标。例如，专制君主朝令夕改，全凭多变的意志进行统治；职业法律家故作高深，玩法律于掌股之间，普通民众往往如坠五里雾中。于是，近代法治有了“法无明文规定不为罪”即“罪刑法定主义”的黄金原则。

我们总相信，法律可以是十分清楚和明确的，它可以明了地表达立法者或统治者的意志，可以区分罪与非罪，区分违法行为与合法行为，甚至可以有效地制约权力的滥用。我们还追求法制完善。首先是完善立法，接着“执法必严，违法必究”，如此，法治的实现便是顺理成章的事情。

但是，意志借助语言外化为法律，意志本身又是什么——一种非语言质料？是否存在着某种前语言状态的意志？

还有，语言大概也并非某种“透明、无色、无味”的东西。它自有其历史，有其生命。它不只是传达观念，它本身就是观念。语言是一种行为，一种艺术，一种表演艺术。语调、语气、手势都是它的组成部分。此外，同样的语言，不同的使用者可以用于表达不同的意义。相反，不同的语言有时也可以表达相同的意义。

一位立法者用语言宣布一个法律条文。

“对犯罪的惩罚要依法从重从快。”他的语调平缓，

“对犯罪的惩罚要依法从重从快。”说到“依法”时他加重了语气以示强调。

“对犯罪的惩罚要依法从重从快。”这一次重点强调后四个字，即“从重从快”。

“对犯罪的惩罚要依法从重从快。”“依法”二字不仅以重音说出，而且表情严厉，并以拳头敲击桌面两声。

相同的语言，不是可以表达出很复杂或很不相同的意义么？

“月亮明白我的心。”

月亮无言。

星星叽叽喳喳。

原载《工人日报·新闻周末》1997 年 10 月 4 日

5.司法：走向清廉之路

在今天的社会中，如何采取有效的措施，使我们的司法体系保持廉洁，是一个十分重要也特别紧迫的课题。这样说的原因是多方面的。在社会各个行业中，司法界的职业行为至为特殊，它不仅仅是行使裁判权，解决社会中的各种纠纷，而且行使司法权这种过程本身，实际上是在向案件当事人宣示正义的准则。也许，我们可以不夸大地说，对于特定国家公民的正义观念的形成和形态而言，没有哪一个因素能够起到司法官员行为举止所具有的那样大的

作用。西方的一些调查表明，那些没有受过法律教育的公民对于法律制度的知识以及公正观念的养成，与法院处理案件的过程以及媒体对于法院活动的报道有密切的关系。对于当事人而言，法院是否公正地处理与其利益息息相关的案件更直接影响到他们对于法律乃至国家制度本身的评价。我们不可能想象，一个通过行贿获得对自己有利判决的当事人会对他所在国家法律的公正性具有坚定的信念，更不消说面对明显不公而又无可奈何的对方当事人了。从前的谚语："廷尉狱，平如砥。有钱生，无钱死"，或更为流行的"衙门口，八字开，有理无钱莫进来"，都再形象不过的表达了一般百姓对于古典司法制度的极度失望。在这样的司法制度下，追求正义和公平是无从成为主流社会风气的。正是在这个意义上，弗朗西斯·培根才会说："一次不公的（司法）判断比多次不公的其他举动为祸尤烈。因为这些不公的举动不过弄脏了水流，而不公的判断则把水源败坏了。"

司法廉洁重要性的第二个方面体现在司法乃是社会正义的最后一道防线。立法机关或许会制定不公正的法律，行政机关可能会滥用权力，然而，一个社会，如果拥有廉洁的和高素质的司法阶层，立法不公以及行政权力滥用所带来的危害性都会得到相当的抑制和矫正。但是，假如司法制度与腐败结缘，情形便不堪设想。在国家正式的司法体系里无从求助的当事人势必会寻求自救，即操法律于自己之手，法律与社会秩序的维系便成为一句空话。亚里士多德将正义区分为分配的正义和校正的正义，假如司法体系不能对于校正的正义有认真的作为，则分配的正义便会变得无甚意义。

在当今的我国，司法制度面临着特别重大的使命。历史经验一再表明，当一个社会处于转型期，各种不同的利益处在变动不居的状态之时，国家的立法往往无法及时地和具体地回应社会的变化。如果司法界能够很好地履行对于各种利益进行合理地再分配的职能，能够对于随时都有可能发生的不当行为所造成的损害提供及时的法律救济，便会有效地缓解社会矛盾，从而有助于社会平稳地转型。相反，腐败的司法却是火上浇油；利益再分配过程中出现的积怨，再加上诉诸司法而无从获得公正的救济所带来的绝望感很容易把社会置于火山口上。

那么，怎么样才能保持一个国家司法界的清廉呢？

在我看来，虽然在各个不同的民族文化传统中，法律都与正义的信仰有或直接或间接的联系，但维系司法界的清廉却是必须进行细致的制度安排的方面。在一些国家，司法界的清廉得到了社会的相当高的认可，而有些国家则不然，人们谈及司法界，总是将他们与腐败相联系。能够长期地保持司法清廉的地方，相关制度建设已经积累了可以为其他地方借鉴的经验。深入地研究这些经验应当有利于我们探索中国的司法廉洁之路。

司法廉洁所涉及到主要有这样几个方面制度，一是司法官员的伦理准则，二是法院内部对于涉嫌违反伦理规则者的监控和处置机构，三是其他权力机关以及新闻糜体对于司法活动的监督，四是与司法官员待遇以及司法独立相关的制度，五是诉讼程序中与司法伦理相关联的方面，六是确保司法官员自身素质的有关制度。由于篇幅的限制，我们无法在这里就每个方面的制度展开研究，只能作些简要的勾画。

说到司法官员的伦理准则，我们很容易想到最高人民法院发布的司法官员几准几不准一类的规定。数年前，人民法院出版社也出版过一本题目好象叫作《人民法官的职业道德》的书。我的印象，它们大多规定了法官不得徇私枉法、不得贪污受贿之类的规则。1995 年生效的《中华人民共和国法官法》第七条规定的法官应当履行的义务以及第三十条列举的法官

须受到惩戒的各种行为都与法官的职业伦理有直接的关联。尽管如此，我国立法以及最高人民法院的相关规定仍然存在着很大缺陷，这种缺陷主要有二，一是在不少情况下，把法官的犯罪行为（例如贪污受贿、隐瞒或伪造证据、泄露国家机密或审判机密等）作为伦理规则调整的对象，二是就法官这种特殊职业所应当适用的伦理准则的特殊性注意不够，将某些其他公务员或一般公民都应当遵守的准则作为法官的行为规范。我认为，法官的职业道德或职业伦理应当着重法官自身的行为准则、法官与其同事之间的关系、法官与当事人以及法院之外的一般社会之间关系等四个方面的内容。具体的规则诸如法官应忠诚于国家的法律以及自己的正义信念；法官须注重知识与道德的修养，保持职业行为以及日常行为的严肃端正；法官应与一切损害司法独立的外来影响作合法的抗争；法官应对律师表示应有的尊重（当然，尊重法官亦是律师的伦理准则）；法官须与有损于司法独立的商业以及政治活动保持距离；法官不应允许其偏见影响司法的结果；以及法官不得在另一方当事人或其律师不在场的情况下会见一方当事人或其律师（这较之《法官法》第三十条第十二款中所规定的法官不得“私自会见当事人及其代理人”云云要明确）。

关于法院内部的司法伦理监督和处置机制，我们法院中已经有某种机构有权对法官实施纪律制裁。例如，隶属于党的系统的纪律检察委员会、政治部以及人事机构等。现在存在的问题，一方面是这类监督机制的运作是否真正有效；另一方面，它们的运作过程是否会妨害法官个人的独立。近年来司法伦理状况的恶化使我们有理由怀疑这类机制没有产生其预期的效果。与此同时，也有一些法官抱怨在审理某些涉及权贵或地方利益的案件时，来自可以对法官行使处分权的机构或个人的压力（处分的威胁）迫使法官不得不作出违反公正准则或违反法律的判决。在这方面，德国法院内部设立的由法官本身组成的法官纪律法庭的实践或许值得我们借鉴。重要的是，对法官违反伦理准则行为的调查、听证、裁决必须依据严格的程序，涉嫌法官自我辩护或聘请律师为其辩护的权利必须得到有效的保重。与此同时，对于已经证明违反司法伦理甚至犯有腐败行为的司法人员，必须采取果断措施，将其清除出司法队伍。因为任何姑息和放纵都是对腐败行为的鼓励，从而使腐败得以滋生蔓延。

除了法院内部的监督机制之外，我们的法官以及法院还受到来自外部的监督。这种监督主要来自两个方面，一是权力机关，包括检察机关和各级人民代表大会，一是新闻媒体以及一般民众，无论如何，外部监督对于维护司法的廉洁是特别重要的。但是，检察机关对于法院和法官行使监督权却是一种相当不合理的制度。最大的问题是它明显地能够造成刑事程序中控辩双方地位的严重失衡，从而危害诉讼程序以及诉讼结果的公正性。人民代表大会作为最高权力机关当然可以而且应当对法院的司法活动进行监督，然而这种监督以怎样的方式进行乃是一个需要认真考虑的问题，总的要求应当是，代表大会可以在开会期间通过审查法院的年度报告、质询法院院长以及审议法院预算行使对法院以及法官的监督权，但不可以对法院正在审理（包括上诉审）的具体案件加以干预。否则，不仅法院的司法独立权会受到侵犯，而且人民代表大会也会发生职能上的“暗转”，由立法机关变成了司法机关。而现在的情况恰恰是，代表们在会议期间没有或无从通过充分的质询等程序对法院进行监督，另一方面，对于个别案件的处理，某些地方人大却可以通过非规范化的方式进行干预。四川声人大对于夹江县法院所受礼的那起所谓造假者起诉打假者案件进行的干预就是这方面的一个值得注意的例证。

新闻媒体对司法的监督所存在的问题一是远远不够，一是缺乏规范。说不够是因为许多情况下，媒体对应当加以曝光的事件不报道，或轻描淡写，从而无法形成严峻的社会压力，一些腐败或违反伦理准则的人得不到应有的社会惩罚。某些案件被揭露，而另外一些同样严

重甚至更为严重的案件却遮掩搪塞，这本身就是一种不公正，是对侥幸心态的一种激励。说新闻媒体对司法的监督缺乏规范，是因为在司法与新闻媒体之间的关系方面，我们一直没有一套合理的规则加以调整。新闻自由也是一柄双刃剑，它固然可以监督司法，促进司法界的廉洁，然而它也可能损害司法独立，对于某些案件的审判结果发生不正当的影响。对于那些尚未审结的案件，媒体带有明显倾向性的报道足以造成对法院的巨大压力，于是，报纸或电视又成了审判者。我们甚至发现，某些记者也兼任律师，利用其记者身份对于法官以及法院施加不正当影响，成为加剧司法腐败的一个因素。

对于司法体系而言，维系廉洁的一个重要方面是使司法官员享有较高的尊荣，以及具有只要正当地行使职权便不可能被解职的安全感。而这方面，我们的情况是最令人忧虑的。我国法官的薪俸并不高于其他公务员。由于近年来各行业收入结构发生的颇为微妙的变化，即虽然公务员（包括法官）的工资按照国家统一标准支付，然而，不同机构的职权性质、管辖对象等方面的差异造成了实际收入的巨大差异，一般而言，与行政官员相比，法官的收入恐怕要低一些。而法院经费实际上受到行政机关的控制以及各级政府拨款的不足又使得现状雪上加霜。从《人民法院报》等报纸上，我曾读到不少文章，抱怨法院经费严重短缺，甚至法官的差旅费、医疗费都无法报销。由于这样的状况，这些年一些法院假服务市场经济建设之名，行创收以增进法院人员福利之实，正是一种毫不奇怪的现象。只是这种法院创收、法官捞钱的勾当实在是大伤法院尊严和法官尊荣的事体，也为司法腐败开启了一扇方便之门。

诉讼程序与司法廉洁之间关系的关键点在于程序的公开性。我们前面讨论司法伦理准则时曾提到法官不得单独会见一方当事人或其律师的规则，强调的正是公正性的一个方面。与行政行为不同，在现代民主制度下，司法权的行使必须是一个公开的过程。法庭是公开的，当事人双方的证据应当在公开的法庭加以展示和对质，司法决策应当是由亲自听审的法官自己根据当事人所展示的证据和相关的法律作出，而不是由在幕后的某些人或某个机构作出。诉讼程序的另一个与司法廉洁有关的方面是司法判决必须包含着严格的法律推理内容。也就是说，法官必须对他所作判决的证据和法律依据的正当性作出严格的论证。过于简单的判决，不说理的判决，总是方便裁判者上下其手的。

最后——实际上，这是最重要的——我们要谈及法官的素质问题。观察社会中各个行业、不同群体的行为，我们可以发现，导致不同业者廉洁程度的差异的原因固然跟约束人们的纪律的张弛松紧有关，不同的行业传统也起着一定的作用，不过，不应忽视的是，从业者的普遍素质的高下至关重要。尽管需要加些限定，但是，我们大体上可以说，对于现代社会的法官来说，大学法律专业的训练乃是使其素质达到一个基本水准的必要途径。另外，我们之所以强调普遍素质，是因为司法伦理准则的维系离不开法官群体中各个成员对于规范的共识，离不开同事之间的相互督促。人类学的一些研究告诉我们，群体成员的行为受其他成员评价的影响极大。但是，如果成员的教育以及其他背景差别很大，则群体便不成其为群体；成员之间的约束力便会大大减弱甚至消失。

《法边馀墨》小引

随笔是文学体裁里的一种，然而，它却不是那类职业化要求很高的品种。例如诗歌，在今天这样的社会里，“击壤而歌”之类虽然仍不乏其人，但是，他们被当作诗人的可能性却是极少。随笔或散文的情况就不一样了。似乎任何一个行业的知识人，只要有些文学或文字天分，便可以在随笔写作方面小试牛刀甚至一发而不可收拾。助长了随笔作家非职业化趋势的另外一个因素是，虽然许多学术论文往往让外行人望而却步，不过，高深的专业探讨并不必然与枯燥乏味相伴随；专业文字完全有可能以文章笔法出现，学术论文与文学情趣在许多情况下可以并行不悖。按照钱锺书先生的看法，尽管非文学文字里出现有文章意味的妙句会给人一种意外的喜悦，但实际上那却是“分内的东西”(参看“释文盲”，收入《写在人生边上》)。

近年来，随笔类出版物相当走俏。不仅文学界，史学、哲学、经济学、社会学、伦理学等学科都涌现出不少随笔作家或业余爱好者。相形之下，法学界不免显得有些沉闷。我不大能想清楚其中的原因。我们现在接受的那一套法学的观念体系缺乏某种“柔韧度”或许是一个值得注意的因素。大凡一种知识体系，如果在价值判断方面过于确定，便不可避免地妨碍学者们以谦和的态度去探讨问题。不是真理，便是谬误，大是大非，泾渭分明，字里行间本来应该有的幽默感便会丧失。进退之间的从容感，任何人都有可能犯错误的基本假定，以及论证过程中必要的修辞学追求，都会变成多余的东西。

另一个原因可能与法学这门学科所具有的一整套概念体系的过于专门化有关。在我国，现行的这套法学概念是西方的舶来品，虽然我们已经使用汉语词汇来表达它们，但是，它们离我们的日常语言毕竟尚有很大的距离。法学界习以为常的概念，诸如“无罪推定”、“时效取得”、“无因管理”、“善意买受人”之类，到了法律界以外，都成了难以理解的东西。专业语言与大众语言之间存在距离在一定程度上是正常的和必要的，然而，当学者希望与其他领域的学者沟通或向更广泛的社会层面传播本行知识的时候，如何让行外读者既能够准确地理解有关概念，同时又保持相当的可读性，那实在是学者尤其是法学者所面临的相当严峻的挑战。

此外，学者不同的研究对象和与对象相适应的研究方法也会对作品的风格产生某种潜在的影响。一位西方法学家曾将从事法学研究的学者划分为两大类，一类从内部研究法律，即注重研究法律制度的内在原理和基本学说。另一类学者则喜欢在外部进行研究，他们关注的重点是影响法律制度形成和维持的各种非法律因素，以及法律与社会其他因素之间的互动关系。我国法学界主流研究的状况似乎是以前一类学者的作品为多。在一定程度上，这也是法学成果偏于“不苟言笑”的一个原因。因为前一类学者写作时的预期读者往往是同行学者，因而文风上也偏于艰深，不太顾及外行读者是否能理解或喜欢。后一类学者的作品由于需要调动各种知识对法律加以解释，因而更容易以可读性较强的风格出现。当然，有时情况也不那么绝对，甚至研究方法以及对象的划分与写作风格之间是否具有上述对位关系也是大可疑问的。我很钦佩那些能够打通两类风格的作者，也就是说，在为同行学者写作时，保持相当的可读性－－这即有助于专业知识在更广泛的范围中的传播，也可以缓解同行读者阅读时紧张感；同时，写给行外读者的作品也能够具有相当的学术层次。这大约就是孔子所谓“文质彬彬”的境界罢。

自己从事法学研究和教学十数年来，研究对象以外国法和比较法为主，大抵上属于上面所说的那种从外部研究法律的类型。从 1987 年起，又做过八年之久的法学刊物编辑。在我

看来，对于一个编辑而言，重要的是在所涉及的各个领域都具有高级常识，从而培养敏锐的鉴赏功夫。语言文字方面的能力当然也是自不待言的。由于涉猎范围以及编辑职业的缘故，我一直不曾成为某个领域钻研很深的专家，连自己也说不清楚这是好事还是坏事。此外，不知从什么时候起，又对随笔、杂文一类文字发生了浓厚的兴趣。先是以刊物编者的身份发表了一些编后记（收入本书的若干文章便是编后文字，其中有些还保留了编辑的语气），后来又在几家报章上发表所谓“专栏文章”。这些文章有些属于对某些法律问题的一得之见，有些则越出了法律或法学的边界，编辑，出版，某些文化和社会现象等等，都成为议论的对象。十年工夫，居然陆续发表了近百篇。这类文字积累多了，就不免有点出个集子的想法。恰好法律出版社有意推出一套法律界的随笔丛书，我就把这些文章加以筛选，编成这个集子。

收入这本书里的大多是一两千字的篇什，不过，也有几篇更长一些的。书名是在出书还没影儿的几年前就想好了的。做编辑时写的文字总是放在刊物的边边角角上发表，在其他报章上的东西也大多发表在“周末版”一类的副刊中。总之，无论是内容，还是发表时的处境，它们都只能算作“边缘文字”。我的“正业”是法学研究，以书作比，高头讲章式的法学仿佛是版心文字，这些在版心四周空白处的涂抹，取“法边馀墨”这个名字算得上是名正言顺。既然已经用书的页面作比，索性在文章分类上也援用出版界的专业术语，法律方面的文字归到“天头”一编，编辑、出版以及其他几篇与书有关的文字放到“地脚”里去，“切口”内包括了剩下的其他篇什。我又找了几幅与主题有关的图片放在一些文章中，希望它们不只是起到活跃版面的作用。这些文章发表时，得到原刊杂志和报纸编辑的热心帮助，这次汇编成集，除了在每篇文章末尾注明刊物或报纸名称以及日期外，我也向这些编辑朋友以及其他给予关注、鼓励的人士致以深深的谢意。

1997 年 11 月 5 日燕北园

《法律人丛书》总序

by 贺卫方

在当今世界上，法律职业化几乎已经成为全球化的趋势。法律界对自家行业的知识传统有了越来越明确的自觉，各种各样的研讨会和出版物都在不停地将这种知识传统精致化。越来越多的国家开始检讨法律教育的目标定位，法律教育界比起任何时候都更加重视在教育的各个环节培养学生“像法律人那样思考”（Thinking

like a

lawyer）的能力。法律实务界也更加注重将法律职业与法律教育沟通，法律职业的入门标准越来越高，从而提高了司法在调整社会关系和实现社会正义的过程中的能力。另外，司法界又在不断地反思司法权的运作方式，程序的价值得到了日益普遍的认可。从一个国家到另一个国家，法律界都在讨论法律家的职业伦理，一些重要的准则甚至获得了超越国界的共识。

令人欣喜的是，我国的法治建设正好与这样的世界性潮流同步。在最近的几年里，上述种种问题都得到了我国法律界程度不同的关注和讨论，有些甚至在制度层面上取得了可喜的进展。统一司法考试制度的确立便是一个最近的例证。不过，在看到这些进展的同时，我们也时时能够感受到在迈向职业化过程中，中国法律界所面临着的一些特殊困难。这些困难有些来自于在计划经济时代流行至今仍有其生命力的某些观念，有些则来自于更久远的历史文化传统，因而预示着中国法律人的愈发任重道远。

日本著名的中国法律史专家滋贺秀三曾从诉讼的形态的角度对中国传统法文化作过极具启发意义的考察。他认为，在世界各主要文明中，中国是距离法治最为遥远的一种，甚至与欧洲形成了两级相对的反差。由于我们的法律大致上是刑法以及管理和调整官僚机构的规则，因而，"与国家权力相分离而具有独立地位的法律界精英们从理性的探索中产生出学说、判例，创造并支持着法这种现象……在中国几乎寻找不到。欧洲法的历史有一半可以说是法学的历史，而与此相对，言之有据地讨论中国法学史却近乎不可能。"滋贺教授以自己在教学中的感受强化了他的判断——在洋洋洒洒地讲过了罗马、中世纪和近代各国法学之后，轮到讲中国法学时，他几乎有点无话可谈的感觉。（参看滋贺秀三等著《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社 1998 年版。）

之所以如此，一个重要的原因是，我们这个老大帝国从来就没有形成分权体制。虽然在中央层面上一直有复杂的职能分工，但是，州县层面上却一直是一个人的政府。通过科举考试的形式选任官员，导致法律知识无从在司法的过程中得以发育和成长。官员与文人的合一使得司法判决的风格充满了美感，却难以获得统一性和确定性。韦伯曾经用"卡迪司法"（Khadi

Justice）的说法指称那种就事论事，完全不考虑规则以及依据规则的判决的确定性的司法。如果仔细观察中国传统社会官员的决策过程，看他们援用怎样的依据对纠纷作出裁判，看他们是怎样经常地将所谓天理人情置于国法之上，看他们以怎样的方式赢得当事人以及其他民众对裁判的服膺，我们可以毫不迟疑地得出这样的结论：传统的纠纷处理过程正可以成为"卡迪司法"的一个活生生的例证。

就这样，我们两千年的司法史居然根本没有走向专业化或职业化的任何苗头，居然是一部几乎看不到任何对确定性和统一性的追求的历史。这的确是一个令我们今天的法律人感到吃惊的事实。也许，这也可以成为解读我们总体历史的一个关键事实。由于司法过程不注重"同样的事情同样地对待"的准则，因而，司法不能通过纠纷解决过程对立法规则加以明确化和精细化，天理与人情的高度不确定性导致决策者可以翻手为云，覆手为雨，人民如何通过这种司法制度而伸张正义？于是，细小的纠纷得不到公正的解决，会带来滚雪球效应；冤情的累积遇上天灾或决策失当的人祸，便仿佛移干柴而近烈火，不天下大乱才怪。

尽管我们的历史上不断地重复着这样的教训，但是，走出这种怪圈却并非易事。文化传承过程中巨大的历史惯性，与其他文明缺少接触导致的知识谱系单一，以及由此带来的想象力的匮乏，使得我们的制度类型在近代之前从没有发生脱胎换骨式的创新。民众对司法的传统期待形成强大的文化力量，甚至表层制度的改变也不意味着操作新制度的人们文化观念的改变。试看今日我们在建构一个专业化司法制度上的种种障碍：为什么我们虽然建立了分权体制但却既没有真正的分权，而同时又丧失了效率？为什么我们在司法官员选任问题上可以在长达三十馀年的时间里没有规定任何学历背景，从而导致大量的没有任何法律教育背景的

人们可以堂而皇之地当上法官、检察官？为什么我们至今在司法决策时究竟是以法律为惟一依据还是同时要考虑其他因素仍然纠缠不清？为什么我们在法官管理制度上经常倡导非行政化，但又每每摆脱不了改头换面的行政化？为什么审委会定案这样完全违反司法理念的制度会长期沿袭、难以改变？为什么在司法权的行使方式上我们总在强调“服务意识”，而难以真正走向中立化与消极化？为什么长期以来我们居然将“法官不得收受贿赂”这样的明显的是刑法调整对象的问题当做法官的职业道德问题？为什么在上下级法院之间关系上，居然会有人提出垂直领导的思路？

列举起来，这样的问题太多。要解决这类具有中国特色的难题，我们应当顺藤摸瓜，找到病根，然后对症下药。不过，要查找病因，我们首先需要的是理论方面的基本建设，即认真地对于跟法律职业有关的各种学说、知识、技术以及伦理规则进行探讨和梳理，也需要将这种研究的成果落实到法律教育的过程中，传播的更广阔的社会里。这就是我们发起这套“法律人丛书”的缘起。我们相信，随着时间的推移，这种类型的学术工作的价值将会日益显现出来。因此，也期盼着来自法律界以及读者们的热情参与和支持。

2003 年 9 月 3 日

《法与宪法》附带的几句话

by 贺卫方

邀请龚祥瑞教授翻译《法与宪法》是在 1994 年。从那以后的三年里，为了这本书的翻译和其他一些事情，治平和我都跟龚先生有过多次交往。把他的英国老师的这部著作翻译出版似乎是龚先生很久以前就有的愿望，我就从“文革”结束以后他教过的好几界毕业生那里听说过，龚先生常常表达对于包括本书在内的若干英国宪政名著没有中译本的焦虑。我想，这大约不是出于他对乃师的偏爱，而是来自他对于建设中国的宪政理论的深刻考虑。从十多年来发表的一系列宪政方面的论著中，我们可以看到，龚先生对于宪法领域的各派学说都下过很深的功夫，詹宁斯对他的吸引力实际上是来自于其学说超越戴雪（A

V

Dicey）为代表的上一代宪政理论的那些方面，也就是詹氏为使宪法理论适应他所处时代所做的努力。龚先生一生的奋斗，也可以说是将宪法领域中外国的学说与制度引入中国，并使之在这个社会里成为活的事物的一个过程。

本书译稿完成后，恰好我外出做访问学者半年，不得不推迟了译稿的审读。正是在这段时间里，龚先生与世长辞。这突如其来的噩耗令我很伤感，同时更意识到自己所承担任务的分量，须知这本译著乃是龚先生最后的作品。他生前未能见到本书的出版，这使我感到深深的内疚。回国后，我立即投入到译稿的审读工作中，伏案读稿，如对故人，龚先生的音容笑貌不时地浮现在眼前。现在，书终于要出版了，从我这方面说，虽然谈不上如释重负，但是，

毕竟算是对故去的译者有个交待了。

我必须在这里提一下许医农先生。作为本书的责任编辑——也是整个“宪政译丛”的责任编辑——她所做的远远超过一位编辑通常的工作范围和负荷，对于文字妥帖的修改以及密密麻麻十数页的编辑札记和审稿意见让我感到的不只是她的学识和敏锐，更是我们这个时代已经很缺乏了的敬业精神。

1997 年 7 月 30 日

《美国法律辞典》译者序

这部《美国法律辞典》在美国出版于 1991 年，是 ABC-Clio 公司出版的“克里奥政治科学辞书系列”（Clio

Dictionaries in Political

Science）中的一种，原编者伦斯特洛姆系美国西密歇根大学政治学系教授。这部辞典虽然篇幅不大，却颇有自家特色。在我看来，它的特色可以概括成以下几点。

第一，它虽然名为《美国法律辞典》，但基本内容却集中于美国的司法制度和司法程序。如果循名责实，要求它全面反映美国法律制度，这一特色无疑是它的缺点。例如，对于想了解美国侵权法的有关原则和规范的读者来说，这部辞典提供不了多少帮助。不过，以司法制度与程序为主要内容的辞典不名为“司法辞典”，却冠以“法律辞典”的名号，这也反映出整个美国法律制度以司法为核心以及普通法程序中心、实体法常与程序法融合在一起的特点，反映出普通法法律家观察问题的惯常视角。当然，这种安排部分的原因在于这是放在一套政治学辞书中的一部法律辞典（编者在序言里解释了他在选择条目时的考虑）。无论如何，就司法制度与诉讼程序所涉及的基本术语、概念和原则而言，这部辞典是相当全面、细致和准确的。

第二，与上一个特色相关联，辞条的编排上先是按七个主题加以分类，在每个主题之下再以英文字母顺序排列。这样安排的好处是，将与某一领域相关的概念、原则以及制度集中在一起，便于系统地把握这方面的知识。不消说，就辞书的编纂而言，没有哪一种辞条排列方式是完美无缺的。以专题分类总难免遇到一些不容易准确归类的条目。这部辞典的好处是在每个辞条的释文后注明参见辞条，同时正文之后附有详尽的索引以备检索。

第三，在释文方面，这部辞典属于小百科类型。每个辞条分作两部分，首先给出基本的界定，然后附有一个名为“释义”（significance）的段落，对于与该条目相关的各种学说、判例、实践中作法以及历史演变等加以简要的解说。这样，既有准确的概念阐释，又提供了全面理解相关条目所必要的背景知识。

最后，编者又为每个辞条编制了号码，在注明参见辞条的同时注明了辞条的编号，另外，索引中又用黑体和罗马体两种数字区分了有辞条解说的条目和在释文中涉及到的条目，这都是为读者考虑得很周到的安排。尤其是辞书译为中文版后，不像翻译其他作品那样，必须附上原书页码（通常用边码的方式处理）方能原文照录原索引所注页码，这让我们译者感到相当的便利，同时也将为中文版的读者提供便利。

这部辞典的翻译开始于 1994 年，是当时美国驻华使馆安排的一系列在中国翻译出版的社会科学辞书之一。时任中国政法大学图书馆馆长的沈国锋教授——沈先生也是我读研究生时的中国法制史老师——受托物色适当人选承担本辞典的翻译。承沈老师不弃，命我来主持这项工作。自知这是一项相当艰巨的任务，无力独立承担，便邀请中国政法大学教师樊翠华（译二、三章）和中国社会科学院博士生刘茂林（翻译五、六章以及四章后半部分）、谢鹏程（翻译一、七章）三位一起合作翻译，由中国政法大学黄道秀教授和我承担校对工作。后来又邀请北京大学朱苏力教授加盟校对。全部译校完成后，香港美国新闻处的 David

Shek 先生进行了认真的审查并提出详尽的修改意见。此后，我对照原文，重新修订一过，总算可以交差了。

翻译这部部头不大的辞书，前前后后用了这么长时间，其中甘苦，难以与外人道。沈国锋、黄道秀两位教授对自己寄予深切的期望，而我却未能在规定的时间内依照自己所希望的标准完成任务，感到由衷的歉意。我略感欣慰的是，通过这部辞书的翻译，仔细斟酌并“硬译”了一些过去的译法不甚确切乃至错误的美国法术语，例如，把 collateral

attack 译为“附诉”，diversion 译为“控路转换”，en

banc 译为“满席听审”，entrapment 译为“官诱民犯”，constitutional

court 译为“宪立法院”，legislative

court 译为“法立法院”，magistrate 译为“限权法官”，mistrial 译为“失审”，mootness 译为“诉由消失之事项”，referee 译为“托查官”，等等，都很费了一番心力。虽然自信这些译法更接近原意，而且更像法律上的专门术语，但是，是否确切和允当，恐怕还需要时间的检验。自己也特别期望，译界方家能对本辞典中翻译不当之处多多赐教。

江平教授、周仁教授对本辞典的译事关注和支持甚多，我的同事朱苏力先生雪中送炭，挤出宝贵时间参与校对，张乐伦（Phyllis

L. Chang）女士和罗文怡（Wendy

Locks）女士两位美国律师在一些术语的含义上对我多有启发，清华大学法律系的王振民先生就若干术语的译名上提出了改进意见，谨向他们表示诚挚的谢意。

1998 年 1 月 4 日燕北园

《人生颂》诗扇亲见记

一九八二年，钱锺书先生以他的一篇英文旧作为依据，重写并以汉语发表了那篇论述晚清中西文学因缘的论文:“汉译第一首英语诗《人生颂》及有关二三事”(改定本载《七缀集》，上海古籍出版社一九八五年初版，一九九四年修订本，页一三七ーー六七)。文章对于美国诗人郎费罗（HenryW.Longfellow）的诗作《人生颂》经由英使威妥玛译为“有章无韵”的汉语，又经时任总理各国事务衙门“相当于外交部当家副部长”的董恂剪裁为七言诗的过程以及其中蕴含的文化意义作了精湛的解说和分析。从文章中，我们得知，这篇“破天荒最早译成汉语的英语诗歌”的译文被写在一把扇子上，似乎是通过美国驻华公使蒲安臣赠送给了作者本人。郎费罗在日记中记此扇系一位“中华达官”所送。钱先生判断这位官员应为董恂本人，有关文献中所谓“JungTagen”（容大人）或为“TungTajen”（董大人）之误。钱先生说：“……《人生颂》译文和那把‘官老爷扇子’（mandarinfan）上面写的是一是二，有机会访问美国而又有兴趣去察看郎费罗的遗物的人很容易找到答案。”

钱先生的文章发表已近十五年。管见所及，似乎尚没有人去实地察看过那把扇子，至少未见有这方面的文章发表。“容大人”究竟是否系“董大人”之误？扇上的文字与中国文献上的记载是否一致？甚至，那把扇子是否还存世？这些小悬念都很有必要去解开，虽然它们算不上是什么具有历史意义的大课题。

今年（一九九六）七月，承美中学术交流委员会和哈佛大学的资助，我有机会来哈佛法学院作为期半年的访问研究。偶翻地图，发现郎费罗故居正在哈佛大学所在的坎布里奇（此间华人通译为剑桥）市。心中忽然想起那桩“诗扇疑案”，何不利用这大好的机会去看个究竟呢？

见到了诗扇

郎费罗故居距哈佛广场约一公里，在著名的布拉托街（BrattleStreet）105 号，是一座具有殖民地时代早期风格的建筑。在二楼临窗南眺，隔着一片绿茵茵的草地，查尔斯河款款东去，风景颇佳。此房建于一七五九年，第一个主人是一位效忠于英国王室的富有军官。美国革命时期，华盛顿曾将此房作为司令部兼住宅。至于郎费罗，则先是从一八三七年起，在此房中赁屋而居。那时，他受哈佛大学之聘担任语言学教职。一八四三年，诗人与阿波顿小姐结婚，岳父索性将此房买下作为给这对新婚夫妇的礼物。诗人居于此，直到去世。现在，此房已列为“美国国家历史名胜”，室中各种物品悉照主人生前情景布置，向公众开放。

本来以为，那把扇子肯定还像一百多年前英国人福开森来访时看到的那样，放置在诗人的书桌上。不料，书房看过了，其他各个房间也都看了一圈，扇子却缘吝一面。我不免有些不安，担心那把扇子已经失落。若是那样就太令人失望了，须知我此行仿佛孙行者上翠云山，念兹在兹的就是那把扇子啊。赶忙问那位谈起跟郎费罗有关的掌故来如数家珍的导游。他略有些惊奇，说故居藏品中确有一把来自中国的扇子，但并非寻常陈列品。要看此物，须与馆长联系，择日再来。于是，又与馆长谢伊（JamesShea）先生电话联系，确定日期，再次来

到故居——这一次是直接来到存放档案的地下室，从藏品架底层一个大抽屉中一堆各式各样的扇子里翻检查看，终于，那把扇子由谢伊先生展示在我的面前。

让我感到意外的是，这把扇子居然是该故居的新发现。馆长告诉我，多年来，他们会偶尔接到来自中国和日本的有关此扇的询问，但馆中人员惟知曾有此物，其究竟在何处，是否已经灭失，则茫然无所知。三年前，他们在清理地下室时，在一个柜子中偶然发现。他还称我是三年来第一个获见此扇的中国人，令我颇感欣庆。

这是一把竹骨折扇。与人们今天常用的那种相比较稍大些，但比我此前想象者要小。（董恂译文七言三十六行计二百五十二字，篇幅不小，我以为总需要一个较大的空间。）扇骨上有极精致的雕刻，其中一支靠近骨脚处已经折断。扇面为黄底纸饰以冷金。《人生颂》诗文不著标题，楷体书录。上款处盖一闲章，印文难以辨认。下款所署时间为"同治乙丑仲春之月"，署名"扬州董恂"。名下有印章二，白文印"董"，朱文印为"恂"。据钱先生文章，福开森对译诗赠扇的"华国诗人"的书法很表赞赏，说"假如他的译文能和他的书法一样好，那就真是佳作了。"的确，扇面上的书法法度精严，极具功力，那样如同雕版刻印似的小楷实在不多见。以前未曾见识过董恂的书法，因署名下未加"译并书"一类字样，我略有些疑心，这幅扇面是否系"专业"人士代笔写就。

文字出入

我从哈佛燕京图书馆借出了钱先生的《七缀集》，以便以其中所引董恂译文与扇面文字相对照。结果发现四处出入，一是"扰扰红尘听鼓鼙"，扇面作"扰攘红尘……"。二是"已去冥鸿亦有迹"，扇面作"……犹有迹"。三是"欲问失帆谁挽救"，扇面作"欲问失风……"。最后是紧接着的一句，"沙洲遗迹可追求"，扇面则为"……可探求"。当时心想，这些出入大概是方 jun 师著《蕉轩随录》时将其上司的译文随手录来，出现笔误；或者相反，是董恂（或那位代笔人）书写诗扇时的随机改动。虽然这些均属于那类"可以引起猜测而也许不值得考究"的问题，但还是忍不住找来《蕉轩随录》加以核对。出人意料的是，方 jun 师书中诗文与扇面文字完全一致。尤其值得注意的是，钱先生在他的文章中曾特别对上述第二处出入的"亦"字作出纠正："'已去冥鸿亦有迹'的'亦'字多分是'犹'字之误"。可是，这个误植无论是在扇面上，还是在《蕉轩随录》中都不存在。问题出在哪里呢？

我意识到有必要追根溯源，找到钱先生文章英文底本里的引文加以核对。多亏是在哈佛大学，这里的各个图书馆资料搜集既齐全，检索与借阅又极其方便。我找到了一九四八年由设在南京的国立中央图书馆出版的外文期刊 Philobilon 第二卷第二期，复制了钱先生的英文论文"AnEarlyChineseVersionofLongfellow's'PsalmofLife'"。对照之下，发现上述四处出入中的后两处在英文论文的引文中尚不存在。那么，"失风"变为"失帆"，"探求"变为"追求"分明是中文论文发表时的改动或笔误。但前两处出入却是在英文论文中已经存在。另外，钱先生在英文论文中更明确地表面他所依据的是《蕉轩随录》的初刊本("Iusethefirsteditionof1872.")。看来，诗文的出入应当来自辗转抄录中的笔误。

"容大人"或"董大人"

"容大人"之迷在翻看扇子背面时揭开。在扇子背面扇骨处，有一行铅笔书写的英文字：The"PsalmofLife"inChinesebyTungTajen。馆长以肯定的语气告诉我，此乃郎费罗本人的笔

迹。字迹相当清晰，人名第一个字母分明是“T”“T”，与“Tajen”中的“T”的写法完全一致。“Tajen”中的“j”也很清楚，并非“g”。钱先生的判断果然极为精当，诗扇的来头就是董恂“董大人”而不是另一位“容大人”。根据我后来陆续收集的有关文献推测，第一次将“TungTajen”误写为“JungTagen”的，或许是一八八二年二月二十六日（诗人去世于下个月的二十四日）出版的一期 LiteraryWorld 中对郎费罗作品的各种外文译本的列举。

要弄清楚的问题大体上都有些眉目了。但是，当我将诗扇时款的中国纪年转换为西历纪年时，又发现了另一处疑问。如前所述，此扇书于同治乙丑仲春之月，乙丑是同治四年，西历一八六五年。奇怪的是，根据钱先生文章里的引述，福开森回忆他一八六四年九月访问郎费罗时见过诗扇。福氏对于诗扇书法的评价表明他确实亲眼见过扇子，绝非无中生有，信口开河。但是，一八六四年时，诗扇尚未题写，福氏又何从得见呢？

权威传记里的史料安排失当

看来问题有点像吾乡谚所谓“拔出萝卜带出泥”，我也索性“打破沙锅问到底”。跑到哈佛图书馆总馆——就是那所著名的威登纳图书馆(WidenerLibrary)，抱回一大堆与郎费罗有关的书（只有福开森的那本回忆录被某课题组长期调用，无从查考），传记、书信集等应有尽有。

那本由诗人的弟弟塞缪尔郎费罗编辑的《郎费罗传》(LifeofHenryWadsworthLongfellow)向有权威传记(officialbiography)之誉。这本传记最早于一八八六年以两卷本出版，五年后增补许多资料出版三卷本。各种资料的编辑采取了类似我们这里的“年谱长编”的形式，按年份先后将传主的日记、书信以及其他相关材料加以编录。钱先生文章的注释使我们很容易找到福开森访问郎费罗的那段史料。结果，白纸黑字，福氏来访的相关史料确实是在一八八四年项下。先是诗人九月二十七日的日记：“福开森先生带了一封介绍信来访。我邀他来舍小住。”紧接着是编者节录自福氏《战时与战后的美国》中关于郎费罗的长达四页半的记述，在书房里看到诗扇云云均在其中。福氏回忆与董恂赠扇之间一年左右的“时差”迫使我推测，福氏对郎费罗的访问不止一次；在郎费罗获赠诗扇与福氏书一八六六年出版之间，一定又来访过。有必要再查福氏第二年尤其是下半年的行踪。按照书后索引提供的线索，果然发现了福氏第二年的又一次来访。（我想起钱先生散文里的话：“好象学问的捷径，在乎书背后的引得，若从前面正文看起，反见得愈远了。”不禁莞尔。）

一八六五年项下，十月十二日诗人日记：“福开森先生来访。晚上，我们一起到沽尔德博士酒店去吃饭……”我又取希伦（AndrewHilen）编辑的六卷本《郎费罗书信集》（哈佛大学出版社一九七二）对照，找到了相关信函。福氏首次来访时，郎费罗曾写信给他的朋友，著名政治家萨姆纳（CharlesSumner）：

英格兰北方人，也可以说是我们这边北方人的朋友福开森先生正在寒舍做客。明天（星期四下午两点半）你能赏光和我们一起吃饭么？……（日期：一八六四年九月二十八日）

显然，那一次萨姆纳与福开森见过面。因此，当福氏次年再次来访时，诗人又给萨姆纳写了信：

我希望你明天能够到外边来出席一场饭局。来自英格兰卡里斯勒的福开森先生正在我这

里，并且急于再见到你。想必你还记得，他一年前曾来过我国。（日期：一八六五年十月十四日）

十天之后，郎费罗又有一信致萨姆纳，这一次提到那把扇子了：

我发现明天（星期一）在我们的朋友史密斯及其伙计们（引按：这大约是一家餐馆的名号）那里吃饭的计划无法如期实现；所以我们只好把庆贺中华达官扇的宴会推迟到星期五。我希望这个变化不会给你带来不便……

实际上，这次宴会直到十月三十日方举行，郎费罗当日（钱先生文章中误为十一月三十日）的日记对庆扇宴会的记载便是钱先生文章译出的那句话："邀蒲安臣夫妇饭；得中国扇，志喜也。"

根据这些情况，我们大致上可以推测导致差错的过程。蒲安臣回国后，先是将董大人的那份赠礼送达受赠人；后者为庆贺得扇并答谢蒲氏，专门约期邀宴。此时恰好福氏来访，在书房里见到诗扇，留下深刻印象。但后来福氏在写那本书时，并没有把两次访问的印象作明显的区分，只是愉快地却又是笼统地谈他的观感，导致后来为兄作传的弟弟郎费罗把那段材料一股脑地放到了一八六四年项下。《蕉轩随录》这本中国文献中对于此次译诗唯一有所记载的书却只字不提赠扇这回事，更不必说赠扇的时间。幸赖钱先生博采西方文献，人们方知道有这样一桩"扇为媒"的雅事；又靠着那把扇子上的时款，我们才得以揭示那本郎费罗传在安排史料上的一个很容易引起误会的疏忽。

来哈佛本为研究中西法律交流的早期历史，却颇有兴致地去寻找并目睹了董恂赠郎费罗的那把诗扇——中西文学交流史上的一件重要物证，不免有偏离正业之嫌。不过，"诗扇疑案"的若干情节得以"侦破"，并且这些发现于钱先生再次修订文章或许不无小用，对于最喜读钱著的我而言，却实在是一件特别快意的事情。

一九九六年十一月二十七日初稿于坎布里奇

一九九七年元月三十一日改定于燕北园

附记：在见到诗扇之后和查考有关文献的过程中，我曾两次写信给钱锺书先生，报告有关情况。钱先生患病住院，海外报章亦有报导。自己深恐太多打扰，不过还是很想让钱先生了解这些情况，以便在修订《七缀集》时有所参考。让我意外的是，钱先生和杨绛先生专门请栾贵明先生写来了回信，对于我的这点小成绩颇多过誉。我愿意借发表这篇小文的机会，表达一个读者对于钱、杨两先生衷心的祝福。同时，我也感谢郎费罗国家历史名胜（HenryWadsworthLongfellowNationalHistoricSite）的工作人员尤其是馆长谢伊先生（Mr.JamesShea）提供的帮助和便利。

原载《光明日报》1997 年 2 月 5 日，收入本书时作了较大增补本文收入作者随笔集《法边馀墨》，法律出版社 1998 年版

《与正义有关——中国律师纵横谈》序

by 贺卫方

《与正义有关——中国律师纵横谈》，赵国君著，花城出版社出版

这些年来，在我们的各种媒体中，律师已经成为最受关注的社会群体之一。对于他们，自然是各种各样的评价都有。他们是自由职业者，他们是新兴的富有阶层，他们是公民权利的守护神，他们是教唆词讼的小人，他们是犯罪分子的救星，他们是腐败法官的掮客……如果评选当今的社会认知最为复杂的职业，律师或许可以成为其中的首选。

如此混乱的角色认知，当然会对律师的处境及其相关制度的各个方面带来影响。二十多年前，我曾经在武汉的洪山参观施洋律师的墓地，记得他的墓碑上刻着也是学法律出身的董必武的诗句，其中有"律师应仗人间义"的句子。可是，我们是否可以用侠肝义胆的标准要求所有的律师？最近这些年，北大法学院新生填写入学调查表，回答为什么报考法学院时，一些同学坦率地表示，是因为将来可以成为律师，可以有丰厚的报酬，这种回答是否背离了这一职业应有的崇高理想？事实上，就我接触的律师而言，许多人也是把这个职业首先视作一个饭碗的，这样的认识反映的是律师职业的常态，还是这个职业丧失了其应有的伦理意识和社会责任感的一个标志？

在制度建设方面，今天的律师也面临着非常复杂的困难。例如律师跟政府之间的关系需要怎样界定？他们究竟是应当自治，还是应当纳入政府以及某个权力组织的管辖之下？作为法律职业共同体的成员，律师与法官和检察官之间如何设定合理的关系？律师与客户之间又是怎样的关系？在代理刑事案件时，律师具有怎样的权利和义务？他们有哪些特权是不受国家的干预或侵犯的？由于为被告人"出谋划策"，一些律师从维护他人权利始，却以自家身陷囹圄终，其中又传递着怎样的信息？

也许，所有这些困难，都跟一个事实密切关联，那就是，律师在中国是一个外来文化影响下的一个新型职业。虽然我们曾经有过讼师，而且据说在明清时期还相当活跃，不过，在旧时代的衙门里，讼师是不可以出庭辩论的，他们不过是一些法律文书的代笔人和官衙内外的沟通者而已。伴随着清末变法而引进的这一职业在中国的诞生，意味着我们社会的一种结构性变化的开始。社会结构的变化带来了法律专业化的需求，而法律知识的传播以及法律职业的兴起又进一步改造了国家与社会之间的关系，推进了人际关系的转型。从长远的时间段看，这样的良性互动关系将足以推进中国社会的彻底变革。但是，越是深刻的变化越需要漫长的时间，需要社会各个层面和领域相互配合，需要朝向同样的方向的协同作业。虽然说"牵一发而动全身"，但是，如果认为某一个领域的变革就足以带来整体性的脱胎换骨仍不免有异想天开的嫌疑。

这样的意见并不是要解脱我们每一个人身体力行地推动社会变革的责任。尤其是作为一种国家权力之外的社会力量，律师们的个体化努力是和组织化的奋斗一样重要的。我们欣喜地看到，在这个时代里，已经出现了不少卓越的律师，他们对一切非法治力量奋起抗争，百

折不挠，成为追求正义的英雄，为后来者树立了值得效法的风范。但是，遗憾的是，将他们的所思所想及其事迹系统地记录下来的作品太少了。

本书所收录的这一系列的访谈录可以在一定程度上弥补这一缺憾。书的编者也是访谈者是中国政法大学的一名研究生，也是一个满怀正气和家国之忧的年轻人。他博览群书，思想敏锐而又满腔热情，对于法律职业在我们这个国家里的命运有着长时间的关注。他选择的受访者包括优秀律师，也包括一些学者和官员。读过其中的几篇后，我觉得本书不仅可以加深人们对于律师们的生平和甘苦的理解，矫正对于律师职业社会认知上的某些混乱，更感到这本书可以帮助我们更深入地理解律师与社会之间的复杂关系，有助于我们寻找通向这个职业以及这个国家美好未来的合理路径。作为一个十多年来一直关注司法改革的学者，我感谢赵国君先生辛勤的劳动，也相信读者能够从中获得多方面的信息和启发。

贺卫方

2005 年 3 月 13 日凌晨

时在成都参加《中国律师》杂志社与成都律师协会主办的“法治与法学巡回讲坛”

《运送正义的方式》后记

老鹤按：好久好久没有到法律思想网上来了，自从上次网站关闭之后，我就成了网站看客。法思网恢复之后，管理员先生也曾热情相邀，但是还是拖了许久，今天才注册。最近的法思网由于老同学徐国栋的劳动模范般的积极参与，由于民法典问题所引发的网友的广泛关注，以及 Maxim 兄与国栋的数十个回合的论剑而充满生气，虽然在罗马法方面自己完全是个外行，但是相关讨论仍然让我获益良多。另外，我也读到了包括国栋老同学在内的一些网友对我的批评，的确有些批评令我不安，不过其中的良苦用心还是让我由衷地感激。

初来乍到，不能空着手，就把小册子《运送正义的方式》的后记贴在这里吧。拖了三年半之后，这本小书终于由上海三联书店出版了。日前刚拿到出版社送我的一册“工作样书”，旧酒新瓶，不胜感慨。后记末了提及法律思想网的关闭，当时没预料到不久后就恢复——也算是一点历史的见证吧。

农历腊月二十六日

—————————

1998 年 9 月，利用到香港树仁学院讲课的机会，顺路访问了中山大学。承刘星先生的安排，我有幸跟广州地区的一些知名学者以及新闻出版界的人士见面。除了相互切磋学问使

自己颇得教益之外，一个很大的收获是，袁伟时教授约请我加入他主编的“牛虻文丛”。袁教授是一位德高望重的学人，他的学术成就、思想境界以及对公共事务表现出的严肃批判精神都是令人钦佩的。看过袁教授为丛书写的序言，其中所表达的旨趣也正是自己的追求，能够成为那套丛书的一个作者，让我感到意外的喜悦。

不过，出乎意料的是，这套丛书后来的出版却遇到了很大的阻力。预期 99 年中出版的书一直延宕下去，跨过了 20 世纪，2001 年也已经过去了，原出版社那边仍是渺无音讯。不得已，只好另谋生路。这时遇到从上海来京组稿的曹晋博士，由于她的热心介绍，加上上海三联书店的黄韬先生的诚意相邀，这本小书总算得以问世。

延迟也不全是坏事；本来这个集子主要收录了的是 1998 年一年的文字，尽管在那一年里自己的写作相当勤奋，但是不管怎么说，还是感到单薄了些。拖到今天出书让我能够将最近三年内发表的一些短篇文字——除已收入《具体法治》（法律出版社，2002 年）者外——收入本书。在编辑过程中，我又随手作了一些文字修改（包括恢复了发表时由于篇幅等原因限制不得不删掉的字句）。第一组文字是一些“专栏文章”，除了北京的《工人日报》、《中国青年报》、《人民法院报》、《检察日报》以及《中国改革报》之外，京外报纸以《南方周末》最多。谭庭浩、沈颢、鄢烈山、郭国松、方三文、刘小磊、翁宝、丁艳敏、魏甫华以及北京的马蔚、马少华、吴琰、张娜、张国香、吕京、李和仁等编辑都为这些文章的发表付出过心力。我在这里要向现已离开《南方周末》的李晖和江艺平两位表达特别的敬意——李晖是那种特别细心维护作者文字纯粹性的编辑，江艺平则是我们这个时代所能够得到的最具责任心和使命感的少有的报人。

第二组文字篇数不多，类型却很杂，包括发表在几家报刊上的答问，一则篇幅较长的札记和两篇演讲。我在每篇答问文字起始页都注明了访问我的记者大名和报刊名称。

本书所发表的若干文字曾经引出一些不同看法，其中“复转军人进法院”一文——这是我在《南方周末》发表的第一篇文章——还引发了规模不小并且相当激烈的批评。为了尽可能地全面反映这些不同的观点，同时为了给这起在司法专业化以及新闻自由的演进方面都不无意义的争论留下一些原始材料，我将由拙文引发的所有商榷文字辑为一组，作为附录。附录中的几篇文字没有公开发表，收入本书时均征得作者同意，我很感念他们的好意。

如果一个写作的人同时又是一个教师，他的福分之一是许多看法可以在课堂上与自己的学生们讨论，来自学生的反馈会丰富他的思考。近年来，我在北京大学法学院讲授法理学和比较司法制度等课程时，偶尔会将刚刚写就的文章讲给学生们听，有时学生们也会读到发表出来的文章，于是常常引发课上或课下的很热烈的讨论，这些讨论令我体会到教学相长的可贵。98 级硕士生邓海平同学更是为本书的编辑付出了辛勤的劳动。

本书的延迟出版还让我有机会向一些网友致谢。这几年网络日益发展，上网也成为我日常生活的重要组成部分，尤其是沈浪主持的法律思想网，在那里著名的“学人社区”里与网友们切磋交流真正是乐趣无限。这里的不少文字曾受到过网友们的关注和讨论，那些很少顾忌同时充满善意与鲜活见解的批评让我获益良多，我也会写些反馈文字，这里题为“网上的司法智慧”的一篇便是为回应网上评论而写就的。在网友若有所思写的法律思想网的历史“生命的川流”末尾，作者将所有注册网友都列举出来，其中多少让我感到温暖的名字……可惜，这个法律学人的理性“城邦”已经在 2002 年 7 月的一天坍塌了。

贺卫方
2002 年七夕

《运送正义的方式》自序

by 贺卫方

在一个从事法学研究的人看来，1998 年可以说是中国的聚焦司法年。报纸、电视、电台等各种大众传媒仿佛约好了一般，对于法院、检察院以及公安系统在司法和执法过程中出现的种种负面现象连篇累牍地加以报道。仅以涉及法院者为例，中央电视台“焦点访谈”对广西博白县法院那位刑庭庭长枉法裁判的报道令世人震惊。“腐败阴影笼罩神圣法律”——《工人日报》头版头条揭露法院腐败的报道光是标题就让人过目不忘。广西自治区高级法院副院长潘宜乐、河北省高级人民法院副院长高文英这样的重量级法官因收受贿赂而被判刑、遭查处，令人深感司法腐败的严重和抑制这种腐败的艰巨。还有，喝醉了酒的法官把小学生扔进水库淹死，作为赃物的手提电话被法官拿去自用，身为法院院长，居然将案件卷宗盗出来，以便让被告人得以串供……

这些事例自然让我们感到触目惊心，不过，光是震惊或痛心还远远不够，我们应当思考，为什么中国的司法界会沾染如此大规模的“司法病毒”？采取什么样的措施治理这样的腐败现象？建立怎样的制度去预防它们的发生？在依法治国成了一个具有意识形态正当性的口号的今天，这实在是一个非常紧迫的任务。

我们看到，出主意、开药方的人是很多的。例如，位居庙堂之上者，多喜谈道德教化，将教育整顿或曰精神文明建设作为解决问题的不二法门。于是司法界今年开始了规模浩大的教育整顿。只是规模虽大，效果会怎样，却仍是疑问——毕竟这类的教育整顿已经搞过不知多少次了，这次所采取的种种措施似乎也看不出有多少新意，除了不识相的“顶风作案”者被抓出个把来“以儆效尤”外，风头一过，一切如旧，是可以预料的。

强化监督？是的，在当今这个社会，监督好象已经有了不证自明的正当性。所以，检察院的法律监督，人民代表大会的最高权力监督，新闻媒体的舆论监督……各种各样的监督者纷至沓来。问题在于，要使这种外部的监督真正有效殊非易事，况且每一种监督的权力都需要有具体的人去行使，怎样保证监督者不腐败又是我们面临的一个难题。脏水能洗净衣服么？

另外，还有一些更激烈的主张。有人认为，在中国，要建构良好的司法制度，前提条件是政治的民主化。在这些人看来，虽然推动司法改革很重要，但是时机并不成熟。或者说，改革的顺序有些问题。合理的顺序应当是先进行政治体制改革，然后再进行司法制度改革。

否则，费尽移山心力，到头来，恐怕只是“竹篮打水一场空”。更极端者，甚至认为那些对司法进行技术层面研究的人属于“只顾低头拉车，不管抬头看路”之类。持这种观点的人们没有看到，司法改革正是政治体制改革的一部分，而且是对国家政治发展具有深刻和久远影响的那一部分。从前那些激进变革的倡导者们经常忽略了制度的演进也是知识累积的过程。在不久前出版的《司法的理念与制度》（中国政法大学出版社 1998 年）一书的自序中，我写了这样一段话：

在今天的中国，强调制度的知识维度有其特殊的意义。过去，由于新制度的倡导者常常只重视价值层面上的“宏大叙事”，将复杂的制度建构化约为一些有益于唤起人们的热情或敌视的口号，在一定程度上人为地加剧了意识形态式的冲突和变革的难度。例如，在口号意义上，“司法独立”对有些人是极其美好的，值得以抛头颅、洒热血为代价去获取；对另一些人则是极度可怕的，不惜以反右派、关牢狱的方法来压制。但是，当人们理性地分析古往今来的司法独立理论与实际，便会发现，司法之所以应当独立，是因为就设置司法的初衷以及司法运作的内在逻辑而言，独立更有助于法院完成其解纷止争的使命。司法独立并不存在理想状态，它的实现也要付出相应的代价。理想主义者往往会在胜利之后迎来失望，而压制独立者则会发现独立的司法消失的同时，社会的秩序也消失了。

我们半个世纪以来司法制度的演进历程不正是充满了这类冲突么？在近年来研究中国司法制度的过程中，我很关注并且注意收集官方的和民间的种种议论。一个强烈的感觉是，这些议论对于司法制度的目标——正义、效率等等——有很深切的关注，然而，以怎样的方式才能够更好地实现这样的目标却相对关注不够。甚至可以说，我们对于究竟是哪些因素使得一个法院成其为法院，是哪些因素使得一个法官成其为法官，都极少清楚的认识。于是，我们在法官选任的标准、司法权行使的方式、法院的内部管理模式、上下级法院的关系以及司法官员独特的伦理准则等方面都缺乏任何深入的思考，司法与行政等机构浑然无所分的状况乃是必然的。

这个集子以 1998 年我发表的短篇文章为主汇成，名字取自美国联邦最高法院第一位首席大法官杰伊（John

Jay,

1789-95 年在位）的一段话：“过去的历史表明，将正义运送到每个人的家门口的益处是显而易见的，然而，如何以一种有益的方式做到这一点，就远不是那么清楚的了。”这些文章的主旨就是探索在中国的环境里，怎样的制度安排是运送正义的有益方式。自己是学外国法制史出身的，又长期从事比较法学研究，不免在一些思考方面受到西方相关制度与理念的启发。在强调法律是一种“地方性知识”的人士看来，或难免乐观的普适主义者之讥。不过，从中国的实际出发、研究中国社会的问题，绝不意味着解决中国问题只能从地方资源中寻找答案；有时合理的方案偏偏不是“土特产”。面对借鉴西方模式、建构中国法律秩序过程中的种种困难，也许我们不该太心急，毕竟西法东渐的时间尚短，混乱、冲突、规则实施中的凿枘不投，都是难以避免的。

《西游记》第五十九回：唐三藏一行遇火焰山而无法行进，孙行者借来假芭蕉扇，欲灭火而火愈烈。沙僧道：“似这般火盛，无路通西，怎生是好？”

八戒道："只拣无火处走便罢。"

三藏道："那方无火？"

八戒道："东方、南方、北方俱无火。"

又问："那方有经？"

八戒道："西方有经。"

三藏道："我只欲往有经处去哩！"

沙僧道："有经处有火，无火处无经，诚是进退两难！"

在司法制度建设的过程中，我们也会面临类似的进退两难的境况。要取得建设法治的"真经"，我们且不可"只拣无火处走"。

1999 年 1 月 19 日燕北园

21 世纪中国法治何去何从

by 郭道晖/贺卫方等

世纪之交，我们驻足展望，对中国法治以及法学的未来走势略作讨论——

在 20 世纪末，党的 15 届 5 中全会关于"十五计划"的建议中，提出"发展社会主义民主，依法治国，建设社会主义法治国家，是实现社会主义现代化的重要目标"，这应是我国在新世纪的一项重要任务。这个提法也有重要的新意，即将十五大确认的这个"治国基本方略"，提升为"重要目标"，亦即将法治从作为治国工具与手段、策略，上升为价值目标。这就要求在党政干部中实现法治观的进一步的转变，要按照现代化的民主精神与法治理论去治国、治权、治官、治党，而不只是依法办事，治民。这就要求进一步改革为邓小平早已批评过的权力过分集中的现象，调整旧有的、不适应经济发展和政治民主化现代化的权力结构；进行适应的分权和强化对权力的监督与制约，实行党政分开、依法行政和司法独立。这更要求落实五中全会提出的"扩大公民有序的政治参与"的方针，这也是一项新的目标与任务。

法治的核心是宪治，依法治国首要的是依宪治国。宪法是公民权利的保障书和国家权力的委托书和监控者。因此，实行法治就是要实行社会主义宪政，就是要使民主法制化，法制民主化，制定保障宪法规定的公民政治权利与自由和其他有利于扩大公民政治参与、有效地监控下放权力的法律。

随着我国参加 WTO，随着经济全球化和法治的一些规则逐步世界化，人权与公民权不

只受本国法律保护，也受国际社会的关注和维护，乃至一定程度与范围上受制于国际社会权力和超国家权力这就要求我国的法治必须适应时代精神与世界潮流，否则也难以立足于当今未来的法治世界。

郭道晖：中国法治必须适应时代精神与世界潮流

在 20 世纪末，党的 15 届 5 中全会关于“十五计划”的建议中，提出“发展社会主义民主，依法治国，建设社会主义法治国家，是实现社会主义现代化的重要目标”，这应是我国在新世纪的一项重要任务。这个提法也有重要的新意，即将十五大确认的这个“治国基本方略”，提升为“重要目标”，亦即将法治从作为治国工具与手段、策略，上升为价值目标。这就要求在党政干部中实现法治观的进一步的转变，要按照现代化的民主精神与法治理论去治国、治权、治官、治党，而不只是依法办理，治民。这就要求进一步改革为邓小平早已批判过的权力过分集中的现象，调整旧有的、不适应经济发展和政治民主化现代化的权力结构；进行适应的分权和强化对权力的监督与制约，实行党政分开、依法行政和司法独立。这更要求落实五中全会提出的“扩大公民有序的政治参与”的方针，这也是一项新的目标与任务。

法治的核心是宪治，依法治国首要的是依宪治国。宪法是公民权利的保障书和国家权力的委托书和监控者。因此，实行法治就是要实行社会主义宪政，就是要使民主法制化，法制民主化，制定保障宪法规定的公民政治权利与自由和其他有利于扩大公民政治参与、有效地监控下放权力的法律。

随着我国参加 WTO，随着经济全球化和法治的一些规则逐步世界化，人权与公民权不只受本国法律保护，也受国际社会的关注和维护，及至一定程序与范围上受制于国际社会权力和超国家权力。这就要求我国的法治必须适应时代精神与世界潮流，否则也难以立足于当今未来的法治世界。

郑成思：民商法律要直面 WTO 的冲击

国际法，尤其是构成国际法的，诸多民商事领域的国际公约，与相关成员国的民商法，本来就是互相影响的。一位国际法领域的教授甚至说过，国际法的基础是民法。这不仅从盖尤斯的体系早于格劳休斯上千年可得到佐证，就连国际法的基本准则之一“条约必须遵守”，其拉丁文原文正是国际条约出现之前就已实施了多年的合同法准则。过去仅仅英美法系国家适用的“预期违约”、“即发侵权”、“信托”等制度，过去仅仅欧陆法系国家适用的工业产权申请在先制度、精神权利制度等，不断地被纳入一系列国际公约，又是进一步的佐证。

当然，原先仅仅是一部分成员国民商法律制度的那些准则，一旦进入国际公约，必然反过来影响另一部分成员国的国内民商法（试用赵维田教授的话：影响其调整‘国内经济生活’的那些法律制度）。看不到这后面一点，我们就无法面对“入世”的挑战，同时也会失去本来可以使我们在法学研究上一个新台阶的机遇。

多年来，两大法系国家的民商法，均由于世界性或地区性国际公约的影响，而有了相当大的变化。这种变化不仅反映在一些专门问题上，而且反映在一些基本原则、基本理论上。

WTO 的法律体系，可以说集这类（影响两大法系民商法的）公约之大成。

中国适应现代经济生活（指 1978 年，尤其是 1992 年后）的民商事法律制度的相当大一部分是从外引进的。我们诚然需要了解和研究两大法系的经典理论，但如果我们坐在那些经典理论上，无视它们已经发生的变化，不理会 WTO 带来的冲击，那我们的法学研究就不可能真正进入 21 世纪。将来，我们想要参与 WTO 的决策乃至影响有关决策时，肯定会遇上法学理论滞后的障碍。

这究竟是新世纪感怀还是重读赵维田书的感触？二者盖皆有之。

贺卫方：法治之路上的四个“拦路虎”

其实，过去的百年对于中国的法制建设事业真正是一个十分重要的时间单位。尤其是在最后的二十年中我们看到了社会结构的变化对法治的需求，看到经济模式从计划到市场的转变所带来的法治经济的必然性，看到了政治统治越来越走向合理的官僚制之后与法治中间的唇齿相依的关系。最重要的是，百年来社会演变的经验教训让国人越来越清楚地意识到，法治乃是这个古老国度走向自由、和谐以及繁荣富强的不二法门。当然，在未来的相当长时间里，法治建设仍然要面临相当大的障碍。我们不妨将这些障碍视为武松过景阳岗时必须面对的几只拦路虎。

第一只虎是我们悠久的中央动员型治理传统。依法治国说到底乃是法律作为一种专业化的知识对社会关系的调整，它的一个重要内容便是法律和司法的独立性。然而，在根深蒂固的中央动员型治理传统下，不同行业之间的界限经常被忽视，不存在真正的职能分工。时至今日，在许多人的意识中，司法机关仍然不过是完成所谓“中心工作”的工具，它没有自己的逻辑。例如，司法权的消极、中立就不大可能在这种动员型治理中获得生存空间。

第二只“拦路虎”是具有法律效力的规则的多极化，社会中实际上起到法律作用的规则不只是国家立法机关制定的法律，法院以及检察院在实际的司法过程中也不能只服从法律。本来，在一个讲求法治的国家，社会中各种团体行业固然可以有自己的规则，不过因为法的至高无上和普遍适用的特征，司法过程中终极的准则只能是宪法和法律，也就是说只能是单极化的。与单极化相对立的是多极化，即法外有法，法上有法，许多法律之外的规范也具有与法律同样的作用。在司法机关这方面，我们又强调法院和检察院工作既要讲法律效果，又要讲社会效果，从而助长了司法过程所适用规范的多极化和混乱。

第三只“拦路虎”是司法机关在整个国家的权力结构中仍处在相当边缘化的地位。当年，法国思想家托克维尔在观察美国社会时，曾指出在美国，几乎所有的政治问题都要变成司法问题。这意味着司法权的影响力不仅及于狭义的法律领域，而且是整个政治权力格局中的重要力量。然而，在我们的权力格局中，法院以及检察院至今仍在夹缝中求生存：司法机关在俗称“人财物”等最重要的生存环节上依赖于同级党政权力；某些地方的人大可以无视立法与司法的界限，进行所谓的“个案监督”。某些机关为改变这种地位，想方设法，一方面向权力部门示好，另一方面，在社会中更多地以威武示人。但事与愿违，示好的结果愈发强化了司法机关的从属地位，而黩武则使得司法尊严进一步丧失。

第四只“拦路虎”是我们对于与法治相关的知识的极度匮乏，这与人们巨大的改革热情形成了剧烈的反差。培根有言，“知识就是权力”。我们也可以说，权力背后有知识。我国宪法规定法院和检察院依法行使审判权和检察权，不受行政机关等的干预。这种司法权与行政权相分离的背后是有着丰富的知识背景的。由于我们的古典社会并没有形成分权式政府，因而传统的政治学说中没有提供今天我们可资借鉴的背景知识。近年来，许多涉及法制建设的改革措施经常相互矛盾，凿枘不投，其中大多跟我们的知识积累不足有关。

可见，在新世纪中我们的法治要取得长足发展，就不能无视这四只“拦路虎”的存在，要打之而后快。

陈兴良：让刑法学成为人学

值此世纪之交，回顾即将逝去的一个世纪，尤其是近 20 年来，我国的刑法学经过逐渐积累，已经发展壮大为蔚然可观的法律学科，走在各部门法学的前面。放眼即将降临的新世纪，我国刑法学的走向到底如何，这是一个值得关注的问题。我认为，21 世纪刑法学研究，面临着以下三个问题：一是观念的转变，即从专政的刑法观到法治的刑法观的转变。长期以来，我们都把刑法简单地看作是专政的工具，强调刑法惩治犯罪的功能。随着市场经济的发展，市民社会的发育，尤其是在落实依法治国方略的历史背景下，刑事法治理应成为刑法理论的主导思想。因此，21 世纪的刑法学应当立足于刑事法治的思想，对传统的刑法理论进行检视与反思。只有这样，刑法学研究才能适应社会发展，真正成为善良公民的大宪章，成为防止司法权滥用从而保障被告人权利的有效手段。二是知识的更新。一门学科的发展。在很大程度上取决于这门学科所赖以存在的知识形态的转变。刑法学是一门古老的法律学科，以往理论研究的视野主要局限在法条上，使刑法学沦落为关于法条、知识。我认为，这是十分可悲的。刑法学应摆脱法条的遮蔽，成为关于人的知识，关于社会的知识。惟有如此，刑法理论才能通过法条研究人与社会，使刑法学成为人学，成为社会科学。在这种情况下，对于刑法学者的知识结构也提出了更高的要求，引起了一个知识更新的问题。三是方法的多元。21 世纪刑法学理论的发展，还有待于研究方法的多元化，即从单一的注释方法到各种研究方法的多元化。传统的刑法学理论是以注释研究为主的，这种注释方法对于阐明法条具有重要作用，但它又具有明显的局限性，即对于法条的依附性。我认为，除了这种以法条为本位的研究方法以外，还应当倡导一种以法理为本位的研究方法，注重对刑法的形而上的研究。只有这样，才能提升刑法学研究的学术水平。面向新世纪，我对刑法学研究的发展充满期盼。尤其是随着新一代刑法学人的崛起，刑法将以一种崭新的方式被思考、被描述、被表达。

马怀德：从法治的门槛再迈进一步

我们虽然在较短的时间迅速建立起了行政法制度的基本框架，相继出台了《行政诉讼法》、《国家赔偿法》、《行政处罚法》、《行政监察法》、《行政复议法》、《立法法》等多部综合性法律，但这只能说明我们已经有了比较完善的救济制度和部分行政行为制度，我们还没能建立起相对完备的行政法制框架。

在新世纪即将来临之际，如何迅速建立健全行政法制度，及时发现制度运行中的问题，完善行政法治则是摆在立法、执法、司法及法律学人面前的重大课题。在新世纪里，我认为行政法治的第一任务是制定统一的行政程序法，为行政机关实施各类行为（如许可、强制、检查、裁决等）提供一套完整的程序依据。确立公开、公正、听证、说明理由、排除偏私、时限等最基本的公正程序制度，从程序上防止克服滥用行政权力的可能，为建立公正、高效、廉洁的政府奠定根本的法律基础。与此同时，还要注意区分程序的善与恶，防止行政机关借程序立法之机将原有的不公正的程序法定化，尽可能使那些对老百姓有利有益的程序（如发证、审批、登记）简而又简，使那些对老百姓不利的程序（如处罚、强制、检查等）得到应有的重视。其二，完善行政救济制度，在条件成熟时，考虑修改行政诉讼法、国家赔偿法、其宗旨是扩大行政诉讼及赔偿范围，消灭权利救济真空，使得所有的争议都能获得有效的解决。改革行政诉讼体制和赔偿体制，切断司法与行政、与地方之间不正当的利益关系，建立独立的直接隶属于中央的行政审判体制，确保司法独立与司法公平，体现诉讼自身应有的价值。其三，尽快研究修改现有政府一级的行政组织法，制定部门组织法，用法律方式划分中央与地方之间、部门之间及政府与职能部门之间的所有权限，保证权责统一、分工明确、精简高效的政府运作机制。其四，普及法律常识，使越来越多的法律起死回生，深入人心，内化为心中的“活法”。总之，还有很多事要做。

当我们站在法治的门槛上，等待新世纪第一缕曙光时，为何不鼓足勇气向前再迈进一步呢？

游振辉：迎接网络法的挑战

21 世纪无疑是国际互联网蓬勃发展并将深刻地改变人们的生活方式的新世纪。然而，随着国际互联网的兴起，法学界和司法实务界却面临近代科学技术带来的最重大挑战。它不仅仅是对法学理论和现行法律体系、法律规范带来冲击，也使得法学理论的全球化和法律规范的趋同及国际间的司法协助带来契机。网络法律问题不是一个法律门类，只是指与网络有关的法律问题，与网络特性及网络技术特征相关联，是以往法律所不及或不能很好解决的有关法律现象。

互联网使世界变成了“地球村”，拉开了信息时代的序幕。随着国际互联网的普及，人们生活方式的改变，网络亦将成为独特的虚拟社区。因此，在考虑与网络有关的法律对策和解决方法时，就不能简单地受传统思维惯性的驱使，应本着有利于网络发展、有利于资源共享、有利于信息的利用和再生，密切注视世界发展趋势，不应对网下规则照抄照搬，应充分考虑网络伦理、网络特性、网络技术特征，建立一套宽容性规则。1、既要有利于信息的丰富和快捷，又要尽可能保障信息的真实性、实用性以及健康有益。2、既要保有资源共享的互联网理念，又要扼制不良信息的肆意传播。3、既要坚持互联网“自由”的理念，又要保障国家利益和社会公共利益的不受侵犯。我们应当系统研究网络法，在公法方面要着重研究不同领域的管理主体、主管和管辖范围、管理方式与程序、利用网络犯罪；在私法方面要着重研究私权的保护、网络商的权利能力、行为能力和民事责任；在司法程序方面要着重研究民事纠纷的管辖、网络证据规则、国际间的司法协作、司法运作提高效率、降低成本而利用网络的问题。

总之，我们只有在技术进步、解决社会矛盾、保障网络发展之间求得利益平衡，才能在新的世纪新的发展中立于不败之地。

摆点事实兼论法学之学

by 贺卫方

［刊发缀语］本文系贺卫方先生惠寄本网的回应薛涌先生关于法学与法学教育问题的系列文章之二，读者诸君可参照前文＂从硕士生说到整合法律教育＂

一并读来.

薛涌先生：

《东方早报》编辑转来了你题为“法学无学”的大札，同时也转告我，你希望能够进行更坦率的交流，而不必太客气。我也很喜欢有话直说，因此很愿意就这个问题更深入地切磋。可惜的是，接到信的时候我已经在外地开会——比较法学会的年会，要投入地讨论法学之学，之后又在美丽的桂林山水中盘桓数日，把这封回信耽误了好些天，这是首先要请你原谅的。

很明显，我们的讨论已经超越了研究生招生的范围，进入到了对于法学作为一个学科的特质以及法治建设的方式问题。你认为，因为法律的核心乃是人类秩序问题，所以其精神是没有专业性的。你把这种对于法律以及法学的判断推进一步，称之为“法学无学论”。你举出在美国，没有受过法律教育的陪审员可以决定生死，“一个没有任何法律训练的大学毕业生或硕士生，到法学院学一年，拿个法学硕士(LL.M.)，通过所在州的律师考试，就成专业律师了”，来作为法学无学论的依据。不过，在我看来，这些说法都是站不住脚的。

作为一个历史学专业出身的学者，你当然知道证据确凿对于我们作出一个判断是何等重要。遗憾的是，也许由于你没有受过法学训练，在讨论美国的法律教育时你有太多的信口开河。的确，陪审员可以判断生死，但是，你应当知道，陪审团制度是建立在对案件的事实问题和法律问题两分的基础上的。案件的事实问题，例如一个被告人是否杀了人，要通过证据来证明。人们相信，事实问题与生活经验密切关联，因此，由 12 个无所偏私的社区人士组成的陪审团在对于证据进行全面听取的基础上加以判断，是一种更可靠的安排。不过，在司法过程中，主持审判的并非陪审团，而是专业法官。法官对于证据是否应当采信具有决定性的作用。在陪审团审议之前，法官还必须对于与案件事实相关的法律规则向陪审团作出指导。陪审团作出裁决后，法官还负有解释和适用法律的重大使命。在有陪审团的审判中，法官的作用是如此重大，而你那样的说法却让人觉得案件仿佛完全交由陪审团决定，这是明显具有误导性的表述。

接下来，你说到美国法学硕士做律师的情况，我在上一篇与你商榷的文章里已经谈起过，现在的 LL.M.更多的是非美国人攻读的学位。美国学生如果读 LL.M.的话，也往往是在获得 J.D.

（法律博士）文凭之后再读，有时候是想在某个特定领域（例如知识产权）方面有更专业的训练，有些人则是考虑到自己原来的法学院牌子不够响，再到名牌法学院读一个文凭以提高身价。在绝大多数法学院里，LL.M.学生的录取对象都是在原来国家已经获得一个法学学位的人士。这种情况你随便登陆一个法学院的网站都是可以了解到的。所以，你说“没有受过任何法律训练的大学毕业生或硕士生”就能够到法学院“拿个法学硕士”，这种情况即使有也是极个别的。另一个被你忽视的事实是，在美国，只有十个左右的州（最重要的是纽约和加利福尼亚两个州）允许持有 LL.M.的人士参加司法考试，而纽约和加州也是美国的国际性律师事务所相对集中的地方，向 LL.M.开放也是为了满足这类律师所对于具有外国法背景的人才的需要。请注意，在纽约，没有 J.D.学位的报考者必须有外国大学三年脱产学习或与之相当的法律教育背景，并且在美国至少修满 20 个学分的 LL.M.课程（请参看美国法律人协会的官方网站：http://www.abanet.org）。事实如此，说无法律教育背景，一年硕士就可以报考，通过者就可以做律师，请问，你的证据何在呢？

上面这两点应该算是我们讨论中的事实问题。大札涉及到的一个更大同时也与价值观念相关的问题是所谓“法学专业论”的弊害及其矫正。坦率地说，这个问题不容易讨论。我的身份是一个法学教师，一直在从事法学研究，并一直在鼓吹法律的专业化，在这里为法学的专业特性辩护，难免“王婆卖瓜”之嫌。另一个困难是，我觉得讨论这个问题的前提之一是，你需要对于法学本身的知识传统有哪怕初步的了解。我想，假如不了解欧陆滥觞于古罗马，中经中世纪晚期各大学的复兴，晚近又渗透到各国民法典之中的民法知识体系，假如不了解自诺曼征服以降普通法知识传统的演进过程，就对于法律专业化的利弊得失言之凿凿地下判断，说对法律专业化的倡导“就是对法学的迷信”，这样的讨论不会有助于我们对于事物的准确和深入理解。另外，我希望讨论中注意证据的相关性，例如，你提出的观点之一是，“对法学和法学专家越迷信，越可能带来专制的倾向”，用了希罗多德的那个故事佐证。可是，我怎么也看不出那个故事跟法学、法学专家以及法学迷信有怎样的关系。人类历史倒是有不少例证，说明专制统治者最痛恨和防范的乃是法学家，因为真正的法学家关注的核心课题恰恰是如何通过规则将权力纳入法治的轨道。

由于我们的通信要在报纸上发表，篇幅限制，关于法律专业化的讨论只能留待后续了。郑也夫教授曾说跟你辩论的人注定要吃苦头，恐怕我也要做好吃苦的准备。祝

撰安

贺卫方

并发症困境中的大学

by 贺卫方

采访背景：

在 6 月 24 日北京大学教授贺卫方向学校相关部门递交了拒招研究生的声明，与此同时又在学术批评网上公开发表。之后，国内的媒体对此事议论颇多，社会各界除了对贺教授这样做的方式进行了广泛探讨外，对贺教授的治学态度、他本人的成长经历以及该事件对他的影响，也表现出浓厚的关心，也有人对此事所折射出的我国现行的研究生招生体制，乃至如何培养专业人才，提出了更深层次的问题。

《新周刊》特刊登对贺卫方的专访文章，以便让读者更多地了解贺教授的治学态度、对教育体制的态度以及对于希望走向学术岗位的年轻人的一些有益建议。

《新周刊》：您曾在对大学新生的一次入学演讲中提到自己的小时的梦想："希望一生读书，而且还有人发工资。"如今，作为一名北大的知名学者，你的愿望是否实现了？你认为与你小时候的梦想相比，如今您的生活方式和工作环境还有哪些方面存在不足？

贺："知名学者"的称呼显然夸大了。对于这次暂停招生的事情，媒体如此积极的反响是我始料所未及的。之所以有这么多的报道和评论，我想最重要的原因乃是随着社会其他领域的发展以及整体观念的更新，高等教育制度中日积月累的种种积弊愈发突出，可以说是到了不改不行的程度。所以，一次音量不大的呼喊也能引起如此大的回声。当然，后来的许多报道和讨论都很有深度，也有些不同观点的交锋，这是令人欣慰的。

你知道，我属于典型的"文革少年"，小时候所面临的教育环境是极其恶劣的。虽然自己喜欢读书，不喜欢干田地里的活计，但是，如果在我读中学的时候，谁跟我说：将来你能够到北大当教授，我肯定会认为他吃错药了。后来居然还闹成真的了，有读不完的书，而且的确是读书、教书构成了拿工资的理由，这应当算是一个典型的梦想成真的个案。

实际上，人性的弱点之一就是人心很难满足。真的当上教授了，又会产生新的问题。这里不满足，有些是来自对自身局限性的认识，有时来自对所处环境的不满。按照我小时候熟悉的毛泽东的说法，"学习的敌人是自己的满足"，可以说，这种不满足，一方面说明个人还有进步的空间，另一方面，知识分子的使命也正是对社会的批判。这意味着人性的弱点恰好可以成为改进人类社会的动力源泉。

《新周刊》：在那次演讲中，您也曾提到过，"我们很幸运，生活在一个有大学的时代，"但您同时谈到，起源于西方的大学在来到中国后，有了太多的改变，能介绍下您所说的改变有哪些？你认为造成这些改变的原因是什么，我们有没有办法去改正这些？

贺：大学是在西方社会首先创立的。在将近一千年的历史发展中，大学也经历过自治和学术制度等方面逐渐确立的漫长过程。我们的大学历史不过百年有余，而且这种新型教育机构的引进与其他外来事物一样也必然在改造我们的社会的同时受到本土文化的改造。最突出的是大学独立方面的困难。西方最早的大学是与教会相关联的，近代大学追求独立、学者追求学术自由的对象往往是宗教当局的控制，而较少指向世俗当局。但是，我们没有这样的背景；最早的大学正是政府变法图新的产物，从其建立伊始，就处在政府的控制之下。后来西方传教士创建了一些教会大学，像燕京、东吴等大学在民国期间都取得和巨大的成功。但是，1930 年代之后政府对于教会大学的控制日益加剧，教会大学在保持招生条件、教材选择、课程设置、学制安排以及教育风格的独立性上遭遇到越来越大的困难。到了 1952 年，这些教会大学索性完全被关闭了。在今天的整个高等教育格局中，国立大学一统天下的状况实际

上意味着我们这里的大学与国家关系类型与西方完全不同。

大学对于国家权力的依附当然会直接影响到教育管理模式和教师的地位。不妨看一下我们的《高等教育法》，你可以发现“党委领导下的校长负责制”这样的表达。党委和校长是大学管理中最重要的两大角色，按照现在的实践，党委书记乃是学校的“一把手”。由于法律缺少相关的立法和司法解释，“领导”和“负责制”究竟是怎样的关系，哪些事务属于党委的权力范围，哪些属于校长的管辖领域，两者发生争议又通过怎样的机制予以解决，所有这些都是相当含糊的。很长时间以来，不少大学都存在着书记与校长相互对立，勾心斗角，导致整个学校人心涣散，便是法律上的这些缺陷导致的必然结果。

与书记与校长之间矛盾相比，教师群体在校政管理上的边缘化更是一个突出的问题。在教育以及学术制度的所有决策上，教师都完全不是一个主导性的角色，仿佛只是一批受雇于学校的雇员。院系召开教师会议，通常的模式是“领导”讲话，教师和员工听会，讲完散会，教师根本就没有多少发言机会。这一次我宣布暂停招生，有些人就批评说我无权擅自停招，否则便是不遵守规则。这样的说法明显地是把教师放在雇员的位置上了。不，大学教师不是雇员，而是大学的主人。

《新周刊》：您认为，目前我们国家在培养专业学术人才方面存在哪些主要的弊端？您认为该如何改进？

贺：首先，也许我应该说，一些天才型学术人才并不是培养出来的，而是被发现的。所以，一种合理的考试制度，一种能够让真正具有学术潜质的人才不被埋没的甄别遴选体制就显得特别重要。这种考试能够让考生展现其知识的宽度，因为没有广博的知识积累，未来的发展空间就相对狭小。同时，这种考试又需要鉴别考生在报考学科方面的积累和思考深度。为什么分析类型的考题是必要的，就是因为这种分析过程最能够显示一个考生在专业领域里不同凡响的地方。他要对于问题有清楚的解说，能够把问题置于学术史的上下文里判断其意义，能够调动日常的知识积累对于观点加以论证，论证的过程也各具特色，疏处可以走马，密处不容插针，字里行间，神采飞扬。这样的考试方式哪里是那种仅仅靠死记硬背的知识记诵能够比拟的呢？

《新周刊》：在您所关注的领域，我们的后备人才是否充足？您认为应该如何培养这个领域的后备人才？

贺：有一个问题是我们应当提出来了的，那就是，我们到底需要多少学术人才？与此相关，就是我们的研究生教育的合理规模了。1970 年代末最早恢复研究生教育的时候，指向很明确，那就是培养学术人才。在我个人读研究生的时候，毕业生绝大多数都走向了学术研究和教育岗位。但是，后来情况发生了很大变化，研究生教育逐渐地越来越普及，招生规模越来越大，甚至博士研究生中也有很大的比例是根本就不会从事学术教育工作的人士，例如部长、省长博士生。他们攻读博士学位目的不过是为自己镀金，增大在官场上的升迁机会和资本而已。另外，那些希望留在大城市的大学生就业已经越来越困难，于是考研就成为提高筹码的途径。这种千军万马读研究生的情形导致教学资源的紧张，一些根本不具备培养条件的学校也大规模招收和不断扩招研究生，“硕士如狗，博士满街走”，结果必然是降低研究生教育的层次，扭曲研究生教育的培养目标，同时也会带来入学考试模式的混乱。

我常常觉得奇怪的是，即便是在当今经济文化最发达的国家，对于公务员以及诸如新闻、律师之类的行业而言，学士学位常常已经足够。例如，在日本，要当法官、检察官以及律师的人是不需要读什么硕士博士的，法学本科专业毕业后，通过国家司法考试，再经过一年半的学徒式培训，就完全胜任愉快了。然而，在我国，一方面是研究生和博士生教育的大跃进，另一方面却是在广袤的农村连中学教育还远远没有普及！一方面是技校升格大专，大专升格学院，学院升格大学，大学动辄高喊办"研究型大学"，另一方面，技工缺乏已经成为制约我们的工业发展的瓶颈。我们的教育出现了这么严重的问题，难道不值得教育部的官员们好好反思么？

你问我自己关注的领域的人才状况，我觉得就法学而言，最大的困难正在于这种招生太多，鱼龙混杂，导致文凭价值降低，而表面上却是一片繁荣。我觉得已经陷入了某种并发症的困境。

《新周刊》：您认为，您学校的有关部门将会对此事做何处理？这时候会影响到您目前的具体工作，和今后的教学工作？

贺：我也很难猜想，这涉及到校方的态度，最好是能够问他们。对于是否会影响我的工作，当然，除了我明年暂停招收硕士生外，其他倒不会有什么改变。我还继续招收博士生，继续给各种层次的学生讲课，继续主持《中外法学》双月刊的编辑。

《新周刊》：您是否在乎别人对您所做的评论？有网民表示：您这样做目的是正确的，但手段却过于激进，这可能会造成于事无补；也有人认为您仅仅是表示个姿态，而并不实质意义——您对此有何评论？您认为您这样做的初衷是什么，能否达到这个初衷？

贺：我的行为本身就是对于现状以及有关部门的批评，批评别人的人当然应当关注和听取别人的批评。这些天我看到了来自网络以及传统媒体的很多评论，有些评论还很激烈，不过都是很激发我思考的。网络时代，许多人只是用一个网名发言，能够仔细思考，提出批评，是令人尊重的。

不少人表达了对我的处境的担心，觉得我的方式过于激烈，会导致对自己不利的后果，而且也于事无补。其实，我倒不认为这是一种激烈的方式，虽然显得有些率直。我知道，在我们的传统政治文化里，一个人要"勤谨和缓"，要"温良恭俭让"，率直和真诚都不是主流价值所倡导的。甚至一些改革者，也必须谨慎地将新主张涂上旧色彩，或者小心翼翼地避免冒犯权贵领导人："刘书记今天给我们作了重要讲话，我们要认真学习、深刻领会其中博大精深的思想。我这里谨结合我们的具体工作，谈一点自己的粗浅体会……"新观点，甚至与"刘书记"观点绝然相反的观点往往都包含在后面的"粗浅体会"中。公开说不，哪怕是真诚直言，带来的往往也是抵触和拒绝。直言会被认为或者解释为出于恶意和敌意，而敌人的批评就要拒绝，即使在我们的内心中认为那是正确的观点。再引用一段毛泽东："凡是敌人拥护的，我们就坚决反对；凡是敌人反对的，我们就坚决拥护。"正是这样的逻辑。

我认为，今后中国的政治法律制度发展，当然也包括教育领域中的制度改进，都依赖于我们对于这种逻辑的超越。

《新周刊》：出书、讲学、为媒体写专栏——您是一个精力充沛的人，也是一个忙人，

而如今又成为公众关注的焦点，您认为在造成您目前所拥有的知名度的原因中，您的学术成就在其中占多大的比例？

贺：呵呵，我也注意到一些周期性出现的批评，那就是对于我个人学术成绩的质疑。有些朋友给我打圆场，说学者应当追求的不是解释社会，而是改造社会，因此说我的工作还是很有价值的。其实，坦率的说，我对于自己的期许并没有那么高。前面已经说过，对比少年时代的梦想，成为一名大学教授我已经是超额完成任务了，能够再对法治建设这份大事业作些边角贡献，就更是额外之外的收获了。此外，学术成果不比卖白菜，要按斤两衡量价值。我从事法律史教学，从历史的角度看，写过书的人不知几凡，可是，有多少人的书的寿命能够熬过几十年或者上百年呢？

贺卫方附记：7 月 2 日，《新周刊》记者赵磊先生通过电子邮件对我作了上述专访，采访稿发表于该刊 2005 年第 14 期（7 月 15 日），文字和内容都有不少调整，特别是文体由对话变成了叙述。个人对于对话体还是更喜欢些，因此就在原稿基础上又做了几处文字修订，借学术批评网的篇幅发表出来。

上传时间： 2005/8/24 文章来源：学术批评网

不进一个门　不是一家人——统一司法考试的意义

by 贺卫方

在当今中国司法改革的讨论中，司法人员的素质与司法公正之间的关系得到了越来越多的关注。大致言之，司法人员的素质涉及到一些重要的环节，它们包括法律教育，即我们现行的教育能否胜任培养良好的法律职业者的问题。在这方面，最令人欣喜的进展是法律教育界对法律职业的内在知识、方法以及理念开始有了相对的自觉，并且在法学研究和法律教育的各个环节逐渐体现出这样的自觉。

另一个环节便是进入法律职业的途径与标准，即法官、检察官和律师三种基本的法律职业者以怎样的标准和方式选任的问题。现行制度存在的主要弊病在于两方面，一是门槛普遍过低。1995 年之前，我们的相关法律甚至根本没有规定担任法官和检察官需要具备的教育背景。1995 年《法官法》和《检察官法》生效，法律规定担任法官、检察官者必须获得过大学教育，当然，这里的所谓大学并不限于本科，而且也不限于法律专业。令人不安的是，即使这样不高的标准，在实施过程中仍然是大打折扣的。近年来，进入法官、检察官行列的不具备法定任职资格的人们依旧所在多有。第二方面的弊病是，法官、检察官和律师三个分支职业各走各的门。律师的资格考试制度建立最早，也相对规范，但法官和检察官的资格考试很晚才建立，而且内容含混，水平过低。以部门划界的资格考试不仅仅导致混乱和大量的资源浪费，而且无助于确立法律人对法律知识、技术、程序以及职业伦理等的统一理解，更

弱化了法律职业共同体的意识。

刚刚通过的《法官法》、《检察官法》修正案明确了国家要建立法律三职业的统一资格考试，即统一的国家司法考试制度。这一新发展值得赞赏和高兴，但是我觉得法学界对于建立统一考试制度的理论和实践原理的研究和论证还很不够，这种缺乏理论论证的状况可能会影响到国家司法考试制度中的一些具体制度的设计和运作效果。

为什么要建立统一的法律职业资格考试？第一个原因在于法律三职业之间的共同性。一些对司法过程了解未深的人往往容易只看到它们之间的不同。例如检察官代表公共利益，而律师往往代表的是私人利益；在法庭上，二者相互对立，各执一词，而法官只是居中裁判。法官与检察官领取国家的俸禄，而律师却如同商人，通过提供服务而向客户收取酬金。这些差别当然是显而易见的。但是，三职业之间却有着内在的共同性，那就是，他们履行职责的知识基础都是法学，他们分享着共同的知识、技术和理念，他们的终极目标都是为了社会正义的实现。中立的法官固然需要依法裁判，看起来相互对立的检察官与律师又何尝不是依法履行其检察权和代理职责？

统一的国家司法考试有助于整个国家范围内的法律准则的统一。法制统一是我国的宪法原则，同时也是市场经济所必需，因为市场经济的发展离不开通过法律所建立的统一的游戏规则。法制统一不仅要体现在宪法和法律要在全国范围内一体适用，更重要的是不同地方的法律职业者对法律条文的理解以及法律解释方法的把握应当是一致的。否则，即使法条是一样的，适用到具体案件的解决过程中却完全可能参差不齐。近年来，同一案件，不同地方法院竞相受理，适用的法律条文也不一样，判决结果大相径庭，给民众造成法律是什么全凭法官一张嘴的恶劣印象，同时，这样的司法已经成为阻碍市场经济发展的瓶颈之一。虽然造成这种状况的原因很多，但其中一个不容忽视的原因便是没有统一而严格的国家司法考试制度，导致入门标准低下而且混乱。如果严格标准，统一考试，那么，通过正规的法律教育和考试所强化和内化了的知识、技术、伦理乃至信仰就能够在司法过程中对法律解释进行严格而细致的制约，对司法过程参与者的行为加以规范。

法律三职业之所以应当通过统一的考试进入，还因为我国现行法律职业资格考试制度损害了法律职业共同体的意识，各自为政，进入门径的差别加剧了三职业之间的分裂和司法决策的混乱。近年来，法律三职业之间相互顶牛的情况时有发生，例如对法庭规则理解的不统一导致极具中国特色的检察官在开庭之时不起立的做法；法院与检察院就赃款赃物的移交也曾经各不相让；对于检察机关应否介入民事行政案件的监督，法检双方无法统一；从事刑案辩护的律师与检察官之间仿佛老鼠与猫的关系；以及律师作为非公职人员的边缘化感觉。假如三职业都从一个门进入，虽然不能指望上述问题很快全部解决，但是，使现状得到大大改善却是可以期待的。

一些法治发达国家的经验也表明了统一司法考试的重要性。在英美法系国家和地区，人们将三职业都纳入“法律人协会”（BarAssociation，旧译“律师协会”，不确）的统一管理之下，无论是律师，还是检察官，都要通过“法律人资格考试”（BarEx amination），并且法官并非一种与律师或检察官——他只不过是受政府雇佣，行使检控权的律师而已——不同的职业；从行业多年且业绩卓越的律师或检察官中选任法官的做法表明，法袍加身意味着一个人律师生涯的顶峰。也正是因为这样的共同性，在日本，三职业的竞争者都必须参加统一的司法考试，通过考试者还必须进入日本司法研修所从事一年有半的统一学徒训练，结业后才

“兵”分三路，分别从事法官、检察官和律师的工作。

民谚云：“不是一家人，不进一个门。”我们或许可以颠倒一下顺序，来理解统一司法考试制度的重要性——“不进一个门，不是一家人。”

不智的诉讼　含糊的判决

by 贺卫方

在网上读到了北大的芳邻法院海淀区人民法院对北京市恒升远东电子计算机集团诉王洪等名誉侵权案（以下简称“恒升案”）所作的判决。这家每每在司法领域中开风气之先的基层人民法院作出的这份判决，让我感到遗憾——不是因为它判定王洪等被告败诉，也不是因为赔偿数额巨大，而是因为其中的法理含糊，并可能对今后的消费者权益保护乃至经济发展产生负面的影响。

是否存在着名誉侵权？

据有关法律文件，本案的原告恒升集团起诉王洪等是以被告的行为侵犯了恒升的名誉权为依据的。事实上，法院判决所引用的法律条文也是《民法通则》第１２０条，该条规定，法人的名称权、名誉权、荣誉权受到侵害的，可以像自然人那样，“有权要求停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉，并可以要求赔偿损失”。

不过，在涉及到生产者与消费者之间关系的案件中，我们不仅要看到《民法通则》，而且要注意到《消费者权益保护法》对消费者权利的规定。《消法》第6条规定：“国家鼓励、支持一切组织和个人对损害消费者合法权益的行为进行社会监督。大众传播媒介应当做好维护消费者合法权益的宣传，对损害消费者合法权益的行为进行舆论监督。”第１５条又规定，消费者对于侵害其合法权益的行为以及国家机关维权工作中的违法失职行为，有权检举和控告。

法院在处理相关案件的过程中，需要对什么是损害企业名誉权的行为，被告是否构成对名誉权的侵犯，作出细致而清晰的界定和分析。尤其要注意不要将消费者以及传媒对企业的批评简单地判定为侵犯名誉权的行为。我仔细地读过王洪的那篇引发诉讼的文章，其中情绪化的文字当然存在，但是基本内容却是平实的和说理的。判决书指责“该文未能客观全面地介绍恒升集团对其产品售后服务的过程”，这是令人难以接受的一个要求。客观全面地介绍售后服务过程应该是恒升集团而非消费者的事情。况且，当权益受到损害，又无法从相关企业那里获得热情回应的时候，指望消费者不带情绪，“客观全面”地娓娓而谈，真正是强人所难。

判决书认为本案被告使用了“侮辱性语言”，例如王洪将恒升的产品称为“垃圾品”;《微电脑世界周刊》引述王洪的话，称恒升的电脑“娇气得像块豆腐，这样的东西和好产品比起

来不是垃圾是什么？”因此“亦损害了恒升集团的名誉”。如此说来，那些其股票被人们称为“垃圾股”的公司和股东们也可以提起名誉权诉讼，中国足协也完全可以不断地雇佣规模庞大的律师团，通过对各地球迷提起名誉权诉讼而大发横财——在球迷们举着的大横幅上，公然称我们的甲Ａ联赛是“假Ａ联赛”和“假极联赛”，这不是“侮辱性语言”又是什么呢？

其实，如果我们仔细分析便会发现，某些语言的影响力恰恰由于其情绪化而大打折扣。对一种产品最致命的诋毁往往是那种用理性的话语，从技术和科学的角度分析其缺陷的批评。企业也好，法院也好，都不要过分低估人们的判断力。如果恒升集团的电脑绝大多数并不是“娇气得像块豆腐”的“垃圾品”，相反，是顶呱呱的优质品，而且集团主事者也具有足够的智慧，那么，良好的售后服务对个别不满的化解，绝大多数消费者对产品的称赞，将足以使那些“侮辱性语言”遁于无形。顺便说一句，这也是有关名誉权纠纷处理的一条重要法理定律——

依据健全理性不会信以为真的言辞，不构成名誉侵权。

不智的诉讼

假如当初王洪带着笔记本电脑来要求维修，有关人员热情接待，心急如焚（至少表现出热情和着急），迅速地利用他们高超的技术将电脑修好，满心欢喜的王洪一激动，说不定会专门设立一个主页，为恒升的负责精神和优质服务而不断喝彩。遗憾的是，主事者决意要与王洪和两家媒体打官司，而且在一审获得了百万赔偿。

对于王洪来说，５０万元的巨额赔偿真正是重典严惩。可是，明眼者都看得出来，这场诉讼没有胜者，甚至可以说，最大的失败者恰恰是恒升集团自己。用宋代一位诗人的话说，这叫作“赢了猫儿赔了牛”。在今天这个网络时代，计算机生产厂商居然对自己的消费者大兴讼战，真正是超越我们想象力的非理性行为。

什么是合理的司法引导？

由于本案二审尚未开始，这里不想对一审判决进行过多的评价。法院要保护消费者的合法权益，当然也要维护企业的利益，要善于寻找两者之间合理的平衡点。考虑到常常是孤军奋战的消费者在庞大的现代型企业面前的无助和无奈，我们需要用严格的准则规范企业的行为，这不仅是对消费者权益的保护，更是对企业利益的维护。

此外，法官更应意识到，民事经济案件也时常蕴含着宪法精义；消费者对企业的批评也是我国宪法所规定公民言论自由权的一种体现。与企业或个人的名誉权相比，言论自由、表达自由这样的公民基本权利显然是一种位阶更高的权利，这类基本权利的维护不仅仅让民众受益，更有利于推进我们的经济发展，保持社会的稳定，增进官场以及企业的清廉。

记起西方一位著名法官的话，一个优秀的法官不只是一个熟练的法律工匠，他还应当是一个历史学家，一个先知，一个哲人。

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《南方周末》1999 年 12 月 24 日

藏“钱”录

贺卫方按：下面是我二十年间陆续收集到的钱锺书与杨绛两先生的著作目录。贴在这里，与同好交流。另外尚有钱基博、杨荫杭先生著作若干，研究性的以及资料性的图书多种，因杂事太多，就不往上贴了。

一、钱锺书先生著作

1. 《管锥编》（1-4），中华书局 1978 年初版。

2. 《管锥编增订》，中华书局 1982 年初版。

3. 《谈艺录》（精装本），中华书局 1984 年初版。

4. 《谈艺录》（精装本），[台北]书林出版有限公司 1988 年版。

5. 《宋诗选注》（精装本），人民文学出版社 1958 年版，1979 年 2 刷。

6. 《宋诗选注》，[香港]天地图书有限公司 1990 年版。

7. 《旧文四篇》，上海古籍出版社 1979 年初版。

8. 《七缀集》，上海古籍出版社 1985 年初版，作者赠本。

9. 《七缀集》（修订本，精装本），上海古籍出版社 1994 年版。

10. 《七缀集》（精装本），[台北]书林 1990 年版。

11. 《七缀集》，[香港]天地图书 1990 年版。

12. 《围城》（精装本），人民文学 1980 年版，精装 1 刷。

13. 《围城》，[香港]天地图书 1997 年。

14. 《围城》（侵权本，胥智芬会校），四川文艺出版社 1992 年版。

15. 《写在人生边上》，福建人民出版社 1983 年版，作者增本。

16. 《写在人生边上》（精装、平装各一册），中国社会科学出版社 1990 年版。

17. 《人兽鬼》，福建人民 1983 年版。

18. 《人兽鬼》，中国华侨出版社 1999 年版。

19. 《人兽鬼/写在人生边上》，海峡文艺出版社 1991 年版。

20. 《写在人生边上/人兽鬼》，[香港]天地图书 1997 年版。

21. 《槐聚诗存》，三联书店 1995 年版。

22. 《槐聚诗存》（线装本），三联书店 1994 年版。

23. 《槐聚诗存》，三联书店（香港）有限公司 1995 年版。

24. 《石语》，中国社科 1996 年版。

25. 《钱锺书论学文集》（1-6），舒展选编，花城出版社 1990 年版。

26. 《钱锺书散文》，浙江文艺出版社 1997 年版。

27. “林纾的翻译”，《文学研究集刊》（第一册），人民文学 1964 年版。

28. “汉译第一首英语诗《人生颂》及其有关二三事”，《国外文学》1992 年第一期。

29. “一节历史掌故，一个宗教寓言，一篇小说”，《文艺研究》1983 年第四期。

30. “精印本《堂吉诃德》引言”（译作），《海涅选集》，张玉书编，人民文学 1983 年版。

二、杨绛先生著作

1. 《干校六记》，三联书店 1981 年版。

2. 《干校六记》，中国社科 1992 年版。

3. 《干校六记》[台北]时报文化出版企业有限公司，1992 年版。

4. Six Chapters from My Life “Downunder”,

trans. Howard Goldblatt, U. of Washington Pre.

and The Chinese U. Pre., 1984.

5. 《倒影集》，人民文学 1982 年版。

6. 《喜剧二种》，福建人民，1982 年版。

7. 《春泥集》，上海文艺出版社 1979 年版。

8. 《记钱钟书与围城〉，湖南人民出版社 1986 年版。

9. 《回忆两篇》，湖南人民 1986 年版。

10. 《关于小说》，三联 1986 年版。

11. 《将饮茶》，三联 1987 年版。

12. 《将饮茶》三联（香港）1987 年版。

13. 《将饮茶》（校定本），中国社科 1992 年版。

14. 《洗澡》，三联 1988 年版。

15. 《杂忆与杂写》，三联 1994 年版。

16. 《从丙午到“流亡”》，三联（香港）2000 年版。

17. 《唐吉诃德》（译作，上下册），人民文学 1987 年二版。

18. 《斐多》（译作），[香港]天地图书 2000 年。

【lawking】　2002-3-6 13:50:14

贺老师还是钱学大师呀。

【一二】　2002-3-6 16:34:54

呵呵，贺先生真是见“钱”眼开啊。:）

【沈浪】　2002-3-6 18:27:15

羡慕。钱、杨两位先生的书，我也一直很喜欢。刚才整理了一下藏书，很高兴贺先生的藏书，我基本上都有（27、28、29、30、《斐多》除外），就是版本没有贺先生多。有些版本和贺先生不一样。比如我的《管锥编》有 1-5 册，是中华书局 1994 年的重印版，《谈艺录》（精装本），则是中华书局 1987 年重印补订版。

一个重要的补充

【贺卫方】 2002-3-6 19:16:29

今天，从三联书店买到了企盼已久的《钱锺书集》，限量典藏本，配有特制的红木书匣，印 500 套，我的是第 336 套（《读书》杂志广告称发行 900 套，但版权页上的印数是 500）。全书十种十三册，蓝色布面精装，烫银书脊，开本 635 乘 960。定价，哦，是很贵，1800 元，因用现款买，给七折优惠，1260 元。

其实，所有这些钱著我都有了，可是，因为作为“钱迷”，必然是一二君所谓的见“钱”眼开啊。其实，这已经多少有些藏书的癖好了，跟研究并无多大关系。lawking 说的钱学大师，即便我通身是胆，也不敢哪。（杨绛先生为《钱锺书集》写的代序说：“钱锺书绝对不敢以大师自居。他从不侧身大师之列。他不开宗立派，不传授弟子。他决不号召对他作品进行研究，也不喜欢旁人为他号召，严肃认真的研究是不用号召的。”）我很高兴能够与沈浪君有同好。其实有些版本完全是留意的时间较早而已。个别的是利用出国或出境之便购得的。有时为找一本书而踏破铁鞋，如果终于买到了，那种喜悦的心情真的是难以言表。

撑起中国宪政的九大支柱

同学们，各位同行

从今天这个时候开始，我就是贵校的兼职教授，所以这已使我有一个很充分的理由或者借口，今后可以多来和大家讨教，切磋。我个人感到非常荣幸。

我们国家的高等教育现在正处在一个扩进的高峰期，这个学校正在搞校庆，南京财经大学应该说是一所在我国的财经法律这一方面非常重要的院校。法学院虽然成立的时间不算太长，但是这里的老师的一种学术迹象，还有我对沈院长的了解，对老师既年轻又充满才智而且充满了敬业精神的这样的精神风貌都留下了非常深刻的印象。所以，能够成为一个光荣的院的成员，我感到无比的自豪！

刚才沈院长介绍了，我这几年来比较重点的研究了司法制度和司法改革。我学的外国法制的研究，后来毕业后，一直从事比较法的研究，基本不涉及到中国的国内法，对中国国内法很不了解。很多人咨询我很多有关中国的法律问题，比如家庭财产继承方面。我一问三不知，他们就感到奇怪，你不是学法律吗？我说你要问道欧洲法律特别是美国法律问题我还可以回答，但是中国的法律知识我还真不知道，后来在 1989 年以后，同学们知道这是一个非常重要的年份——大约 14 年之前，中国经历了一场非常大的事件，这场事件对我的影响之大，可以说决定了那以后我的学术兴奋点转向研究中国的制度。我要对中国的社会制度到底是怎么回事，我们这个国家在什么时候能够走向民主，走向法制做出回答。这些问题激发了我浓厚的兴趣，我的学术转向也就是从国外法转向国内法。由于过去在英美法方面了解比较深，涉及比较多一些，所以我对于英美法律相关的一些制度相关的一些观念就非常感兴趣。

那么大家知道一种知识背景叫国际风波，以欧美法律观察我们中国本身的东西，我们会

发现，中国的东西跟外国的东西很不一样。这个东西，我们今天无论是政治制度还是法律制度都是从西方国家引进来。我们实行变法，我们学习西方，但我们引进来以后就发生了变化，由一个人变为一头驴，然后旁边的一个人说：“真的!”，所以这个翻译过来，翻译家能把人变成驴。所以我们看到，我们有些人让西方的制度到中国就发生了橘生淮南和橘生淮北的这样一种非常奇特的现象。带着这样一种英美法的观念去观察中国的制度的时候，会发现诸如前论的许多怪异的现象，许多令人吃惊的地方。所以也许正是由于这种好奇，使得我对于中国的制度靠的越来越近。一直以来，对于司法制度和司法改革感兴趣，这和英美法的知识背景有关系。

大家知道英美法她是一个以司法制度为核心而建立起来的法律体系。在英国，在美国，历史上最伟大的法学家往往就是法学院的教授，而不是法院的法官。带着这种观念，我观察中国的制度，我发现中国的法院问题很严重——我感到中国的法院里基本上没有真正的法学家。法学教授一般非常清高，他们对于法官们做出的判决经常是不一定拥护，他们很多时候根本不愿去关注他，所以两者之间经常是剥离着的。我自己用了十年以上的时间去探讨中国法院的改革，近段时间也基本不搞杂七杂八的东西，沈院长刚才介绍我的时候说是有好多专著，我真的觉得太夸奖我了——我到现在还没有什么专著，我最怕的是写专著。写专著对于我来说，好比是一个四十多岁的女同志要生头胎那样的感觉，写不出来。我写的最多是一些小文章，写千字文。比方说在《南方周末》上，大家知道《南方周末》是一个周报，每周出版一期，每一年大概是五十多份周报。在１９９８年，我大概是写了三十几篇文章发表在《南方周末》上。

这样的一些文章也产生了一些社会的互动。报章发表的文章通常是对准司法部的，比方说我对部队转业军人进法院进行抨击——我认为在咱们中国，一个很奇怪的现象——为什么不把在部队中有医护经验的人转到医院去直接当医生，而经常把那些没有受过法律训练的那些军官直接转到法院当法官。我认为这是一件很奇怪的事情。当然这篇文章引发了某种抨击，军队也给我制造了很大的压力——《解放军报》，《中国国防报》等用了四期的第一版的整版的篇幅来对我进行狂轰滥炸。

那么我提出的这一问题实质上是法官的素质问题，是一个在国家里边什么样的人可以当法官的问题。做法官到底应当不应当有一种教育的背景的要求？还是什么人都可以做法官？你们知道这个问题现在仍然是一个很要命的问题，令人痛心的问题——整个法院界所有的法官和从事司法工作的人员中，足足２６万人中受过严格的大学本科的法学教育的人只占１５％，１００人中只有１５人。这样的层次的法官队伍经常冒出一些很怪异的事情。比如山西降县（音名）人民法院副院长姚＊＊，就被称为三“盲”院长——文盲，法盲加流氓！说他是文盲，连自己的名字写的都经常是笔划不像笔划，经常都是别字。连他自己的名字都写不出来，可想而知！还有陕西省富平县（音名）人民法院一个法官叫王＊＊，他昨天还在和法官座谈，第二天摇身一变就穿上法官袍了...... 这样的一种情况令我感到震撼！我们看到西方国家的法院，西方国家的法官哪一个是这样的一种教育背景？没有一个高素质的法官群体，我们就没办法去形成一种足以让人们信赖的司法机制，也没办法公正。我们必须要改革这种情况！

所以，我过去一直以来有一种疑惑，就是中国的政治体制改革能不能成功？我刚才强调十四年前的那一个事件，大体上也是因为政治体制改革而引起的。

对于政治体制改革大家也都很敏感，政治体制改革的问题经常非常尖锐——咱们的这个党怎么办？中国共产党在国家的地位到底是什么？党的权力能不能加以限制？为什么党的权力可以说是无边无界，无微不至？能不能加以改变？...... 所以党的改革历来很敏感。不能够乱说。一说经常会出问题，就会带帽子。所以这个问题要稍微回避一下。

那么政治体制改革中还有人民代表大会制度的问题。人民代表大会制度到底要怎么去推动她？怎么去改变他？这里边还有许多问题不容易让大家去解释清楚，或者说很不容易去解释得清楚一些。

我觉得这些事件，比如说“孙志刚”事件——广州的一个湖北籍的刚毕业的大学生被活活的打死。公安部门，民政部门应该正视不可推卸的责任！广东地区试图压抑这条新闻，一直压抑了一个月！直到一位勇敢的记者站起来，对这个事情加以揭露，引起全国的一片哗然。大家非常愤怒！

于是北京大学刚毕业的三位博士生，给全国人大常委会写了一份建议书。要求全国人大常委会作为我国宪法的守护神，对国务院１９８２年颁布的《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》进行违宪审查。

它是否违法了宪法？是否违反了《中华人民共和国立法法》？

按照《立法法》规定，所有涉及到对公民人身自由进行限制的规则，都必须由全国人大及其常委会制定为法律，要纳入到法律范围加以调整。《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》显然只是国务院制定的一部法规，这部法规的存在，是具有效力的。但明显是违反了《中华人民共和国立法法》，而且没有人去对这样的事情进行审查。三位博士生勇敢的站了起来！提出了他们的呼吁。我看到青年人都站起来了，我也不甘落后。我们觉得这是我们搞法律的人的责任。我们也提出了一些建议：要求全国人大常委会建立特别调查机制。

你们看《中华人民共和国宪法》第７１条明文规定，“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会认为必要的时候，可以组织关于特定问题的调查委员会，并且根据调查委员会的报告，做出相应的决议”。这是为了立法，也是为了人大监督国家机关权力的一种必要的手段。同学们记得英国的“凯利事件”：现在还在调查过程中，结论好像还没有出来。——武器专家，国防部长凯利先生不明不白的自杀了，引起了一个非常大的危机。英国马上设立了一个特别委员会，由议会一个德高望重的法官做这个特别委员会的主席去调查。连英国首相布莱尔，也必须乖乖的来向这个委员会老实交待，在规定时间，规定地点交待问题，简称“双规”...... 这可以显示出一个国家议会的至高无上的权力。这样的一个委员会的存在非常之重要。

“孙志刚事件”出现以后，广东省地方做出了一个调查的结论，但这个程序我们认为不具有最基本的一个程序——结论的作出者就是这场冤案的制造者——广东省地方的公安部门和民政部门都参与了这个调查报告的写作。我们怎么能够相信这样一种报告是一种公正，公立的？所以我们就要求全国人大常委会来进行这样一番特别调查。

我们的宪法自１９８２年颁布以来，到今天为止，这个委员会一次都没有使用过。从来都没有这样一个委员会——他看起来权力非常大，非常美。但他目前还在睡大觉，因此我们

不妨叫她睡美人。

就是这样一个机构，我们就希望“孙志刚事件”去激活这样一种机制，希望这个委员会能建立起来并行使它的权力。我们就起草了一份报告书，或者叫建议书。起草之后，有个朋友说，你们要简明点，不要太长——人大常委会那帮老头子太长的东西看不了，没看就扔掉了！但有人说，不行！不能够短！一定要把必要的道理说清楚！——这个东西，并不是看起来很简单，我们要去给他论证，随后应当发动更多的学者来进行签名，然后全国３０００名法学教授联名上书全国人大常委会。我说不好，人太多了，给人一种聚众闹事的感觉。咱们党最不喜欢聚众闹事。所以我们就五个人签名，提出了这样一个特别的要求。

我们不断的想方设法了解里边的情况，里边的朋友能不能想方设法推动一下？里边的朋也说：“好！我们在里边推，你们在外边喊。里应外合，一定要把这件事做成!”

但是现在看起来，我们的政府做出了一个非常好的回应——２００３年6月１８日，国务院办公会议废除国务院１９８２年颁布的《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》。另外制定《城市流浪乞讨人员救治办法》。——我们取得局部性的胜利！好几个朋友打电话，向我表示祝贺。这个意义不可低估——人民提出了要求，而且这种要求是一种比较愤怒的，政府积极回应了这个要求。这个情况可以说是１９４９年以来的第一次——从来没有过我们要求废除一个规定，你要求他就废除，有时候是你越要求他就越不废除。这样一个发展就体现了新一届党中央，新一届政府尊重民意，体贴民情，群众利益无小事，代表中国最广大人民的根本利益的精神。

但是另一方面我们感到遗憾的是，全国人大常委会怎么到现在还是静悄悄的？没有一点声音？我们看不到他任何积极的去回应我们要求的行为。这就让我感到非常奇怪了，不理解了。那么这是一种政治体制的问题，政治体制不改革，看来人大的活力很难被激发出来。

政治体制改革还涉及到自由的问题，尤其是公民的政治权利。我们看到这些权利正如宪法所承诺那样非常的多元化——比如我们有新闻出版的自由。我们中华人民共和国公民跟美国人一样有言论，新闻出版的自由。我们每个人都可以享受这样的自由。

但是当你真要去行使这样的权利的时候，就会发现：门口挂了一个牌子，上面写着：“此路不通!”你没有办法获得这样的权利！——在这个国家里边，有明确的规定，那就是所有的媒体都不允许特权化。我们看到西方国家，绝大多数国家的报纸，电视台都是有私人来办的，而我们的都是由国家来办的。你们知道，国家如果控制了媒体，就意味着政府可以向人民发布对他有利的信息而过滤掉对他不利的信息——我们看到的是一片形势大好。比如文革期间，我们生活在水深火热之中，但是我们的报纸天天在告诉我们——头版标题上写着“敌人在一天一天坏下去，我们在一天一天好起来”；“我们的形势不是小好，不是中好，而是大好!”；“我们要胸怀祖国，放眼世界，我们一定要记住，全世界还有２／３的人民生活在水深火热之中，需要我们去解放他!”我们小的时候，教我们被这一段。我们十岁左右的时候，真的生活在很“幸福”的状态之中。因为我们知道，我们中国是世界最最“富裕”的地方，生在红旗下，长在甜水里。我们一定要去解放美国人民......

你们知道，这完全是一个令人痛苦的结果。新闻控制让我们无从了解外界世界，我们只能是官方告诉我们什么信息，我们就知道什么信息。所以有人批评说《真理报》——苏联共

产党的报纸《真理报》除了每天的日期是真理外，没有那一条是真理，而是罪恶的谎言报！

我们没有真实的东西，这是我们媒体管理上的一个问题，那么我们能够改变这样的问题，让我们的人民真正享有言论出版的自由，他们可以随便办报纸，他们可以随便办电台...... 这都是完全可以的！但是我们的宪法，我们的法规中的这项权利还无从实现。

我们有宗教信仰自由，但是我们的信仰自由只限于去信仰政府认可的一种所谓正教——基督教，道教，佛教，伊斯兰教...... 那么信仰自由包不包括信仰邪教的自由？这点在我们的宪法上没有很清晰，很明确的规定。当然这个问题值得大家去思考——到底信仰自由是不是只包括信仰政府允许信仰宗教的自由？什么叫信仰自由？

正如言论自由是不是我们只能够说政府同意我们说的话才叫言论自由？你们听没听说过一个美国人和一个苏联人，社会主义国家的苏联人，两个人标榜自己有言论自由——美国人说："你有这样的言论自由吗？我可以跑到白宫门前，当着我们总统的面，振臂高呼：'打倒美帝国主义！'我们总统拿我没办法，他绝不敢派警察来抓我！这就是言论自由！"苏联人说："这有什么奇怪的？我也有这样的自由呀！"苏联人说："我可以到克里姆林宫的门前，当着我们总书记的面，振臂高呼：'打倒美帝国主义！'"所以看起来是，我们的自由是说政府允许我们说的话，就叫自由！

再比如我们有游行示威的自由，你们知道游行示威是在一个民主国家里边，人民表达自己有关事务，尤其是对政府行为不满的常见方式。在西方国家，游行示威是家常便饭，你们到伦敦去参观的时候就可以发现：他们的国会门口也好，唐人街前也好，常常有游行示威的。他们是划出一个地方来，警察来保护，来维护秩序。然后他们就天天在那里喊，今天这波人来喊，明天那波人又来喊，反正是跟政府过不去！但是我们好像没有这样的游行示威的自由：在美国轰炸伊拉克的时候，全世界都在抗议，我有两位朋友对美国的这样的一种世界警察的行为表示不满，他们也要抗议。这两位朋友到北京市公安局申请，一次不行，两次，两次不行，三次...... 一直这样锲而不舍的申请，最后直到批准。批准了就要具体规定一下游行示威的时间，地点，人数等等。按照申请，在天安门广场集合，然后游行路过王府井大街，然后往右拐，就到了美国大使馆，我们要把我们的抗议书信交到美国使馆去。"哦！对不起，这妨碍安定团结，所以你们游行的地点我们给你确定的北京市日坛公园"。大家知道，日坛公园，一个极小的公园。有一个朋友在网上说"那还不容易！我昨天已经在我家客厅里边游了三圈了！客厅里边游也算！？"公安局说："那么游行人数，２００人太多了，要减少到１００人。游行时间从一下午减到一小时之内结束，所以说四点到五点你们可以游一游。另外游行期间，不准喊口号，打标语，更不许接受采访！"这个游行意味着没有人可以出声。但是政府总算批准了这一次游行，不容易呀！所以他们回去以后互相通知了新闻界。结果第二天快游行的时候，公安局打来电话："请你们来一趟"。然后就去了。"谁叫你们通知新闻界的？"游行组织者说："法律上没有哪条规定限制我们通知新闻界呀？不打标语，不喊口号，不接受他们采访就行啦呀！他们拍拍照，摄摄像，我们让全世界人民知道，我们在日坛公园游过一次就行了！""不可以！你们违反了纪律，所以你们游行的人数从１００人减到５０人，改到中午１２：００－１：００，你们回去准备吧！"结果那个人一肚子气："老子不游了！"结果，我们中国人民唯一组织的一场反对伊拉克战争的游行就胎死腹中，令人感到遗憾。我们宪法所许诺给我们的权利到底到哪里去了？我们的政治权利到底还有没有机会去行使？你们知道，我所在的北京大学的学生是最喜欢游行示威的，但是他们经常申请，要么不批，即使好不容易批了，说你们可以往北游，但北大往北就是农村！政治体制改革的艰难

有目共睹。

但我觉得我们可以通过司法体制改革来推进政治体制改革。比如说我们能够建立起一种良好的，公正的司法制度，能够强化人民对于司法，对于法院的一种信赖。那么这个国家的政治体制的生态就会发生变化。１７０多年前法国一位著名的思想家在美国考察民主时就说："在美国，几乎所有的政治问题都会或早或迟的转化成为法律问题，交由法院来加以解决。"所以司法的手段不仅仅是司法狭义的一种民事纠纷，刑事案件，而且他经常介入到政治领域中间，成为一个政治性的问题。

我们都知道三权分立的学说，司法权不仅仅是一个解决纠纷，处理案件的权力，而且他是一个有政治意味的权力，成为一个非常重要的所谓三权当中的一权。当美国的现任总统布什和前副总统戈尔先生两个人打得不可开交的时候，对于选票的统计问题，两党候选人发生了争议，最后的解决办法是诉诸法律。总统竞选大家知道发生了争议在许多国家是靠枪杆子来解决问题的，毛主席教导我们说："枪杆子里面出政权"。当然，合法的途径不行，我可以用枪，用炮来推翻你，推翻了三座大山，建立了新中国，我们是这样的一种方式。但是在他们那儿，由法院来裁判这样的政治冲突已经成为惯例。

所以我们也寄希望于通过这样一种良好的，公正的司法制度的制约来改变我们国家的政治生态，能够逐步使得我们这个国家的人民也能够通过公正的司法来造就一个更加文明的社会，更加自由的社会。这是我多年研究司法制度一直在寄希望的问题。所以我讲，我们可以通过具体的方式来改造价值的类型，我们可以通过某种制度的建设来逐步使这个国家变成真正的我们当家作主的国家。比如说国家的权力受到限制，那么限制政府的权力和保障公民的权利几乎可以说是一枚硬币的两面。事实也是这样。权力是最大的损害者——如果政府滥用权力，比如拆迁，比如南京的拆迁，引发了多大的利益冲突！人民最后没办法，只好到广场自焚去！他们没办法找到一个真正的解决问题的方式！那么政府对人民权力的侵犯，可以说是这个时代，这个社会里边最值得摒弃的问题。我们刚才说他是一枚硬币的两面，但是现在看来，我们当前在司法制度领域中间去做文章还很不够，因为现在问题变得越来越明显的是：司法方面的许多不公正恰好来自于我们政治制度方面的问题，也就是说这两个问题交织在一起，我们没法把他简单的说我们真正的司法公正能够最终解决政治体制上的缺陷并把这个缺陷加以弥补，如果政治的缺陷不加以改善，不加以弥补的话，我们的司法的公正实现不了。

前一段时间的扬州的一个黑社会老大的案件，最后判决出来以后，大家感到很震惊。这到底是怎么回事呀？甚至还引发了对于司法公正的关注。那么就其根源来说，我们司法界在处理这样的敏感重大的案件的时候，背后总有一只看不见的手来操纵我们——《南方周末》从前有一个主编写过这样一句话，特别感人是"总有一种力量让我们泪流满面。"那么我们可以说"中国的司法界总有一种力量让我们实现不了司法公正"。这个力量的背后的东西就是政治上的东西。由于司法的无力，司法就没办法把一个案件进行公正的，公开的，透明的解决。辽宁省高级人民法院所做的判决书里边对刘涌为什么会被判处死刑缓期两年执行，所做的理由是"根据本案的具体情况......"但是本案的具体情况到底是什么具体情况？一点都不具体！这是一个非常抽象的表达。那么是什么力量让我们的法院不能公开的展现自己改判的理由？我们知道背后有重重黑幕——"陈克杰案"，这样一个大案要案敏感案件，怎么审理的？我们都知道这个人被判处死刑立即执行了。这是一个共和国历史上被处决的最高的国家领导人，但是它的审判过程中却充满了重重迷雾，可以说是让人感觉到非常的不理解——陈克杰先生作为一个中华人民共和国的公民，他所享有的最基本诉权都被剥夺怠尽，没有

办法去享受这样的权利——于是陈克杰先生可以说是不明不白的被判处死刑了！

当然我跟他无亲无故，我只是感觉到这样一个全世界关注的案件，如果我们不能够公开的审理，公正的审理，我们将会留下长久的遗憾。于是当时判处死刑，最高人民法院对他审查的时候，我赶紧给最高人民法院写了一个奏折，要求最高人民法院审委会能够站在一个公正的立场上判处这个案件。因为如果一个显要人物的权利得不到保障，那每一个公民的权利也得不到保证。我们司法公正是把公正的机会平等的送给每一个人，所以我们必须要保证陈克杰案件审理的公正性，但是遗憾的是，最高人民法院根本不听我的话！最高人民法院的审委会的人据说传了传我的信，相互一笑，那个意思就是说你看看这个书生，这个书生还在这儿要求司法公正？！这个案件都没有任何公正性，没有看得出来，表现出来的公正。原因在于背后这个政治体制的问题还是没有解决。所以我们必须要两条腿走路，或者按照小平同志的话“两手抓，两手都要硬”。政治体制改革和司法体制改革必须同步进行，我们必须要做这样一种推动。

于是，最近开始了一个非常有趣的新事情，那就是整个的法学界包括整个社会，大家对宪法问题越来越关注。今天上午，我参加了我们法学院教师的一个座谈会，大家聊天，主持这个会的还有一个著名的宪法学家。大家共同感觉，就是：宪法学将会在未来的十年之内，成为中国的显学，成为中国法学界的最重要的一门学问。所以这也是为什么最近一年左右的时间，我在越来越想方设法的转向宪法问题。我们要关注根本大法根本无效这样一种令人难堪的，令人震惊的问题，我们要把我们的宪法拯救出来，把我们的宪法激活。所以，我们今天在座的各位都是宪政大厦的建筑工一样，我们要建筑宪政的大楼。

中国的宪政，中国的宪法，建筑这个大楼的过程中间，我们发现：是否可以找到一个最重要的关键，最重要的原则。作为支撑宪法大厦的支柱，我想到了几大支柱，这几个支柱特别重要，所以我题目叫“撑起中国宪大厦的九大支柱”。

我们试着去观察一下，分析一下这九根支柱，分别是：

一. 对抗性的政治文化

不同的人有不同的政治文化，这些文化比方说：在一个国家里面，大学生有大学生的这种文化，通常是比较趋于解放，更趋于激进；但是去考察一下中国的农民，中国的农民的政治文化好像跟我们的大学生的政治文化不大一样；你到军队里边，你会发现军队里边相当封闭，军队里的军人最好是没有思想，没有思想是最高的状态，所以他就是要服从上级，服从最高领导，这是他们的唯一要求...... 所以这种文化的不同，常常会影响到事件的运作。

我们说要建立一种对抗性的政治文化，对抗性的政治文化就是要尊重具体国家里边人民的政治选择的不同，他是建立在一种现代社会中间的利益多元化的基础之上。我们利益不同了，我们的政治观念就不一样。我们需要通过某种途径来将我们的一种相关的主张，政治上的要求加以表达。

我们知道历史上所谓的“三等级会议”。等级会议实际上是一种对抗性的政治文化发育的一个前提条件。我们看到了近代以来的政治传统中间有一个非常重要的表达方式，那就是在许多民主国家里边，他们一定是通过两党政治来使得政治变得具有活力。两党政治和政党

政治差不多是继承了从前的一种阶级结构，你会发现很有意思的是不同国家的两党总有一个党偏向于更加富裕的人或者说他们都是主张自由竞争似的经济；另一个党显然偏向于穷人。比方说在美国，前边这个是共和党，后边这个是民主党；在英国，一个工党，一个保守党。他们都是这样的一个政党结构，这一点都不奇怪！因为他就是从阶级结构中间演变出来的。

我曾经在美国作访问时，哈佛法学院一个研究中国法学的人，他说正好赶上大选了吧！他给我打电话："贺卫方，你们愿不愿意探讨一下美国人怎样去投票？"我说好呀，我愿意呀！第二天早上，他就开一个车把我接上，然后就去看他投票。投票站热闹的就像过节一样，我不能进去，因为我不是美国公民。投票完了以后，他说你有兴趣知道我投的谁的票吗？然后我说当然有兴趣了。他说："我告诉你，我投的是克林顿的票，因为克林顿已经第二此谋求连选连任。"我说："你怎么会投克林顿的票呢？我亲戚老在骂克林顿，觉得这个人缺乏一种诚实！""那你说我投谁的票？我总不可能去投共和党的票吧？"——你们知道他们的忠诚都是传代的。美国的东北部是政党政治比较扎根的地方，大学也比较多。那个地方是民主党的大本营，民主党总会在那个地方获得绝大多数的票。那个地方的人都是知识界的，知识界的人不是那种大地主，大资产阶级的代言人，他们一代代都只选民主党的候选人，不选择共和党的。就是有一种世世代代都忠诚于民主党的传统。

哈佛大学主流的颜色就是一种"哈佛红"。"哈佛红"就是一种砖红色。

"哈佛红"有人说就是一种蔚蓝色的天空，再加上一点马克思主义的红色。在这个地方，他代表一种自由主义，或者说民主党占主要地位，这些东西经常互相冲突，冲突产生的机会或者冲突的原因要受到尊重，大家要有一种诚信来对待冲突。比如两党竞争就是最典型的一种相互冲突，大家要想方设法让人民感觉到他是可以信赖的。于是到出去演讲并在竞选过程中诋毁对方，而且为了面对面的相互攻击，又利用电视传媒向全国直播。著名主持人经常主持两党竞选候选人的互相的辩论，这种辩论简直让人感觉的这样体面的人怎么能够这样的互相攻击？——他们就是要这样互相攻击！因为攻击是这个政治体制的有效组成部分。

大家研究西方英美国家的所谓的对抗性诉讼，为什么对抗性可以在美国这样一个国家发生？英国这样的国家的一发生？因为他们的政治制度就是一种对抗的——英国的国会里边，执政党和反对党的议员分批入座，中间一条线，大家骂的时候都不能越过中间这条线。议长在中间主持，两边则对着骂。那个时候作为一个首相，一个国家领导人，他没有办法避免反对党对他经常性的攻击和指责。著名的女强人，铁娘子——撒切尔夫人，他在对外的交往中是多么的强硬，但是，他居然说过这样的话："对于她来说，人生最恐惧的三件事是：得病，死亡和上议会。"到议会去是跟疾病，死亡一样的令人恐怖的事情。撒切尔到议会去回答议员的质询的时候，头天晚上每每睡不着觉，都要吃安眠药才能够勉强睡一会儿，这是精神紧张呀！他没有办法去阻止反对党的质询。而且英国的反对党非常的奇妙，他们平常就在政府边，反对党虽然不执政，但是他们依然也要任命他们的什么司法大臣，教育大臣，等于说这个官都被任命好，但是没有任何权力。也就是说，如果执政党犯错误，没办法执政了，他们直接就可以执政，不需要补选。我们讲只有在这样严厉的监督之下，一个执政的政党，才会谨小慎微，才会真正的不辜负人民的嘱托。而任何所谓的一党独大——只有这个党有执政权，其他都没有，他不可能产生真正的相互制约和互相监督。

许多地方，我可以看到美国有这样的一种集体性的政治文化——我看过一个美国片子：社区里的老百姓在一块儿，对某个事情进行表决。表决的时候，大家觉得怎么样？大家都同

意这件事情吗？大家说都同意才同意，然后才附诸实施。如果有人表态的时候说："我不同意！"那就会问："你怎么不同意呀？这个事情对我们都没坏处，你为什么不同意呀？"表态的说:"我就是不喜欢全体一致通过这个样子!"这就是一种文化差异，一种民主的政治文化。没有这样的一种政治文化，就没有办法产生宪政。

我们说对抗性的这样的一种概念，可能显示出太多的对抗，这样的一种色彩。但还要知道，除了知道对抗以外，还要学会妥协。妥协是对抗性文化的一个非常重要的组成部分。妥协就是要理解，你的利益是正当的，不标志别人的利益不正当。我们要知道利益的差异，利益的相互性；我们要知道自己没有办法去垄断所有的东西，没有一个组织，没有一个群体可以在这个时代代表所有的人。广大人民的根本利益是多元的。我们举一个简单的例子：比如农产品的价格：我们路上看到了稻谷飘香，农民正在辛勤的收获他们的稻谷。农产品的价格只要一提高对城里人来说就是一个损害，对他们的利益来说就是一个损伤；但是，农产品价格老是保持那么低，农民怎么过？你可以发现，这个时候工人和农民之间的利益又会出现一种紧张，这是没有办法解决的问题。我们有的时候可以协调，在这个时候，我们一定要注意就是我们怎么能够设想我们可以了垄断别人的利益，怎么能够设想反对你的人他们就没有任何生存的价值？我们要理解到伏尔泰的那句著名的话："我坚决反对你的观点，但我誓死捍卫你说话的权力!"这句话经常被我们引用，也就是说并不是别人就是荒谬，而自己是真理在握。

二. 政教分离

我们的宪法有规定说有信仰宗教的自由，但是宪法里边并没有规定一个最重要的原则就是：政教要分离！也就是政府和宗教，或者宗教似的一种权力划分开。如果我们回顾西方的宪政的发展的历史的话，你们可以看到，教会在宪政发展，在宪法发展的历史当中起到了独特的，重大的作用——教会通过动听的学说，来使得所有的人都成了原罪的人——亚当先生和夏娃女士两个人在伊甸园里边玩得很开心，接着有一天，夏娃女士经不起伪装成蛇的魔鬼的诱惑，就吃了禁果，于是被上帝愤怒的逐出伊甸园。这个时候，每个人都有了原罪。这个概念对理解西方文化时非常重要的，因为每个人都有了原罪就意味着每个人都不是干净的。即使是你贵为皇帝，贵为国王，你的人生过程也必须是通过不断的赎罪来去称托上帝的荣耀，来去保证你死后的末日审判能够让你上天堂。所以在西方国家里边，在这样的一种情况下，不容易发生个人崇拜。

大家看一下东西方国家，哪个地方能够发生个人崇拜？我想那个时候我就经历过中国历史上最严重的个人崇拜——那就是对毛主席的崇拜。毛主席金光闪闪，毛主席一出来就闪闪发光，当然他具备了让人崇拜的某种外在的特征和内在的某种精神——毛主席那个人个子长得那么高，身材魁梧，毛主席脸上不长胡子...... 诗词也写的好："北国风光，千里冰峰，万里雪飘......."哎呀，这个词在重庆谈判的时候，在《新华日报》上一发表，连傻子也知道：蒋介石气数已定，新的皇帝已经诞生了！那个诗写得比现在领导人的诗要好得多！毛泽东的书法也比现在的领导人的书法写的也好得多!......个人崇拜在东方国家比较容易产生，而在西方国家，你很少发现从西欧到北美的国家里边会产生一种对活着的人的崇拜！朝鲜到现在还在崇拜呀！有一个朝鲜代表团来北京访问，一下来几个女的都在哭呀，接待员吓坏了，好好的哭什么？——"我离领袖的怀抱越来越远了"！这种个人崇拜是宪政的敌人！如果宪政，宪法性政治之下能够容许对一个活着的人这样的崇拜，那是非常可怕的！

宗教的存在并不仅仅在于教义上，而在于教会本身的存在。教会作为一种组织性的东西，它的存在本身就意味着对仕族权力的制约。大家知道欧洲的生活长期以来分为两个部分：仕族的生活和平民的生活。仕族的生活的最高的领导人也许是国王和皇帝，而精神的生活就不是国王和皇帝可以决定。比如说法律，我们看到有许多东西他具有精神的意义，于是他就变成教会管辖的范畴。

再比如我自己看到沈院长这个电脑不错，显示屏还不错，我就想把他买下来，我就跟沈院长商量。沈院长就说："那我卖给你，１００００元怎么样？"我说："行！那我回去再付钱吧"。沈院长对我的个人的人品有所怀疑，沈院长说那不行，你把我东西拿走了，回去再付钱，你给我许个誓。然后我就发誓说我一定忠实的履行这个合同，这一发誓就无法换了，发誓就把合同的管辖权发誓到上帝那边去了，发誓到宗教法院去了。因为大家知道发誓向毛主席先生发誓是不行的，必须就是向上帝发誓。大家知道遗产的继承有两种继承方式：法定继承和遗嘱继承。一个人死以前写了一个文件说是我死以后这个钱怎么怎么处理，这个东西大致上就是一个把自己的意志或者说将自己对事物的管理的权力延伸到了他死以后。——死以后仍然在统治这个世界难道说不是灵魂不灭吗？——毛主席当年死之前，用颤巍巍的手，给华主席（华国峰）写了六的大字——"你办事，我放心"！诶！老头子死了以后，华主席拿着这个尚方宝剑，意思就是说，谁敢对我的权力进行挑战？他仗着什么？仗着那是毛主席写的。当然后来江清进一步的揭露了有些历史事情——江清在审判他的法庭上曾经明确表示："你们不知道这张纸是剪开的，你们只知道上面那六个字，下边还有六个字，毛主席总共写了十二个字！叫：'你办事，我放心；若有事，找江清。'"这样你会发现，遗嘱这个东西，死以后延伸到你死以后的世界，仍然在统治者这个世界。难道说这不是一个精神性的东西吗？

那么一个人在精神生活上的东西，都是有宗教机构来进行管辖。所以在西方国家，，往往不是仕族权威，而往往是宗教权威占主导。一直到今天的西方国家，我们看到很少有哪个国家，他们的领导被称为领袖，被封为神。我们从没有听说一个德国的老总统也发表了一篇"５．３１"讲话，全德国人都在学，当时德国的一位老工人——约翰斯激动的说："我们学习了'５．３１'讲话，我们浑身都是劲，我们浑身都是使不完的劲，我们一定要多生产钢铁，为德国的社会主义建设事业做贡献!"；我们也不知道，也没有看到美国的哪个总统提出"三个代表"学说，在美国的某个乡间的屠宰场的墙壁上写着："'三个代表'的精神指导着我们的屠宰工作!"

同时，同学们，大家想想看，在西方国家，仕族的领导人绝对不会管人的精神。精神的东西就用宗教当局来管。这个就叫政教分离！如果一个国家里边政治的最高权威和精神的最高权威居然是有同样一个人或者同样的一个组织来行使，一个国家就是一个专制的国家。这可以说是一个非常简单的道理。

三． 民主

我们这个国家叫中华人民共和国，我们是一个人民当家作主的国家，但是人民当家作主并不是一个抽象的宣告，而是要具体的，实实在在的落实到一系列的制度中间，并有制度来加以保障。西方民主的历史可以追溯到古希腊雅典城邦的民主，我们都知道民主的最基本的含义就是人民直接参与到政治的生活之中。这样一种情况在古希腊雅典城邦时代就表现为每一个人都有机会来参与政治事务。那么，他直接引起的是代议制的民主，后来的民主实践都

走向了代议制，因为在庞大的国家里边，社会里边没有办法都去参与表决。但是无论是代议制的民主还是直接民主，一定要人民来主动的参与到这样的一个政治国家的过程之中。为什么要这样呢？民主是什么？应该说，没有这个就没有尊严，真的，我应当做什么？不应当做什么？如果完全跟我没有关系，把我当作一个奴隶而不是当作一个人，把我当作一个大写的人。所以这是对一个人的尊严的要求的表现。

能够建立在民主基础上的国家的整个的法律的制定过程中，就有人民的广泛参与；法律就不是一个统治者恩赐出来的规则，而是人民自己来制定的规则。那就意味着人民对于法律这个体现他的意志的基本事实的认知。接下来就意味着更可能好的实现一个良好的社会秩序。因为社会秩序的好就意味着人民都服从法律，人民为什么服从法律？如果在神权时代，我们说人民因为畏惧，法律是神权的法律，人民畏惧你，所以人民服从法律；但是如果在封建时代，来自于封建律约，所以他畏惧；那么，在现代社会里边，人民遵守法律大多数情况下应当来自于他参与到了法律的制定过程当中，所以他们愿意遵循法律。民主的好处还在于它能够把尊严转嫁给每一个人民，而不是由统治者一人来承担。

决策的风险也是一个非常有意思的话题，因为长江三峡这样的大坝，这样的决策一定要让人民来参与。人民参与了实际上最后人民就脱不开干系了，最后如果三峡大坝出了问题的时候，那是人民自己来承担责任。

我们现在对于民主的理解往往过于粗浅，以为民主只对于人民有好处而对于统治者没好处，其实我看来，这是对于统治者的个人有好处的，因为他把风险转嫁给老百姓了。你们选择克林顿嘛，克林顿在莱温斯基那个事出了问题，那是你们选的人的责任嘛，你看走了眼了嘛！这个有点像是自由恋爱和强制婚姻，强制婚姻实际上你就有理由抱怨父母之命，你就对父母有抱怨的权力——“你凭什么不给我找个好的，你看看这个破人”。但是现在我们主张自由恋爱，比如你们两个在南京财经大学读书的时候，你们两个认识了，你们自己看好的，我没有阻止你，你们结婚了，你又说爱人不好，那就是自己的责任。这就是为什么美国人这么看克林顿不顺眼。哎！这个事闹得如此沸沸扬扬，咱们国家呀也应该想想这些道理，咱们国家有些个别领导人，报纸也在报道，这个也在报道，那个也在传闻——那个宋......

民主也减轻了政治权利的成本。一个担任了党和国家领导人的人不再去维护自己的权利了，因为这个权利不需要他去维护。因为这是人民选出来，是真正的人民代表选出来的。谁敢对这样的权力图谋不轨？那么我们常用的话叫叛党夺权。谁要是和千千万万的选民直接作对，那是没有什么好下场呀！所以，比如说在美国的历史上没有一次政变，除了有一个南北战争以外，历时四年一次的这样的一次总统大选，因为人民选出来了一个人，他就有了完整的权力而不管他年轻的时候是否逃过兵役，或者有资产阶级流化的倾向，那么他只需要完整的行使自己的权力而不需要担心身边的某一个野心家。

你可以发现，你在有些国家就不是这样的，领导人就很偏待于自己的权力。因为他的权力的来源并不是选出来的，并不是民主来源，他是某个领导人说你办事，我放心，你可以通过非民主的方式来获得权力，那么别人也可以用同样的方式来剥夺你的权力，于是就充满了种种不确定的因素。所以兵无常将，将无常兵，几大军区调兵遣将，所以要想方设法的把自己打扮成一个道德上完美无缺的人，因为道德上如果有瑕疵的话，那就会增加他权力的更加不确定，他就可能被人搞下去。所以就会一直把权力带进八宝山，一定要把最高权力握到生命的最后一刻，因为如果提前下野的话可能很危险。提前下野就意味着你可能被推翻掉。被

推翻掉的人下野不会恢复到一个平民的生活的。那时下监狱或者说被软禁起来。我们看到这种事例比比皆是。

于是，在很多的国家里边，最高权力的交接过程，可以说是充满了血腥的，非常可怕的，甚至要人头落地的游戏。而民主使得权力和平交接，民主使得一个文官出身的国家领导人在接见军人的时候，不需要穿一件远看像军装近看没领章的衣服。这就意味着对军事的专政，这是非民主的情况下的一种独有的现象。所以，我们如果说稳定压倒一切的话，那民主所带来的稳定是至关重要的。

四． 立法程序的改善

即人民参与到立法的过程中来。民主本身就需要一种技术手段来加以保障。民主是一种原则，同时是一种复杂的技术，如何能让人民参与，如何能让不同的人的利益能够得到一种非常公平得的表达，如何保护少数人不受多数人的压制，所有的这些东西都需要由技术的手段来加以保障。

咱们中国人善于喊口号而不善于建构具体的技术。——我们甚至都不知道怎么开会，怎么开会才叫开会？我们多少的会议都是开的没用的会，除了浪费资源以外没有起到什么作用；我们多少回开会之前已经做出了决议，开会只不过是为了让大家来举手从而取得一种合法性；我们多少回开会之前并没有具体论证应该邀请什么人来参加——具体到我们全国人大开会，比方说３０００人的规模的这样一个代表数量，他就意味着我们这个人大是一个不可能成为最高权力机构的机构。因为三千人的机构不可能的——政治学的定律说明一个机构的重要性和一个机构的组成人数成反比，在中国最重要的机构由以前的七个人组成现在是九个人组成的中央政治局常委会。如果一旦中央政治局常委会变成了８５个人，就知道党委会不重要了。

有时候我们投票是赞成票的就不需要动笔了，投弃权和反对票的就需要用笔写写，这就意味着所有的动笔的人都是坏人！所以了；立法程序方面的一些技术型的东西需要我们仔细考察。

五． 司法独立

这一个方面是你们学习法律的经常强调的话，我不想讲太多。

六． 私有财产的保护

也许对于我们来说，从小就是学习社会主义的一些学说，《政治经济学》，什么“社会主义必然战胜资本主义”。对于私有财产的价值已经是没办法去很公正的理解。而今天我们越来越意识到，如果一个社会不严格的保护一个人的私有财产——国家可以把你的土地随便没收；国家可以随便得派警察到你的房子里边去看你在看什么碟——如果你看的是黄碟的话，国家就很着急，就要把你抓去教育一番。我们都知道英国有一句谚语叫：“一个人的房屋是你的堡垒”，他绝对不允许警察随便进去看，抓我看黄碟。尽管看黄碟不大符合主流的道德，但是人民看黄碟的权力必须得到保障。前提是小两口自己在家里边偷偷摸摸的看，而不是在外边，比方说到南京财经大学来找个教室挂个屏幕，公开的看。也不能在家里边制作黄碟，那也是有问题的。如果是夫妻俩在家看黄碟居然被抓起来的话，那天底下的夫妻都可以被抓

起来——因为没有哪两个人没有发生过比看黄碟更黄的事情！

我们都知道列宁说的话，列宁说什么是专制？“专制就是警察的无法无天和人民的普遍无权！”警察可以无法无天，警察可以随便冲到人民住宅里边，干预人民的最隐蔽的生活，这意味着人民的权利就得不到保障！而人民的权利得不到保障，就是国家的权力得不到限制，就是一种反宪政的状态！

但是有一点可以向在座的老师和同学提一个问题：“如果我们国家的土地要实行私有化的话，应该怎样的实行？”因为我搞不清楚，比方说仙林校区这一块儿给南京财经大学，另一块儿给南师大，依照的是什么呀？没有价格吗？任其选？所谓国家所有，就意味着不是私有，而不是私有的土地就没有办法定价！没有办法定价就没有办法租赁！

七． 新闻和言论自由

我们应该说新闻自由非常重要。言论自由是所有的政治权中间最基础的权利。如果没有了言论自由，人作为人就没有存在的价值了！所以常说新闻自由是生存权的问题。我们的生存权很重要。其实对于人的生存权最重要的就是人的那张嘴不仅要吃饭，而且要说话，不仅要说正确的话，而且也可以说错误的话。只有大家都能够畅所欲言，一个社会才能够真正成为一个人的社会。这也就是为什么我们把言论和新闻出版自由的权利作为一个最基本的权利——没有新闻自由，其他的权利都没有意义。

现在在中国面临一个很大的障碍，就是我们的传统的对新闻的误解——我们以为新闻如果放开的话，就会乱套，就会大家愿意说什么就说什么。我们过去管新闻的同志叫丁关根，有人说就是“盯着你，关了你，跟着你”！这是我们这个民族２０００多年来解决不来的问题。怎么能够培养一些理性的公民，我们新闻界应该说是很重要的一个部门。

接下来的后两点我就更不想说了，因为后两点太太敏感，我只讲几个例子。因为今天是一个喜庆的日子，我不想说一些让大家感到太伤感，太沉重的话题。

八．军队和政府之间的关系

简单的说，军队问题，军队在一个国家里边是一个国家的宪政体系中间的地位是非常重要的。大致上我们可以用军人在政治生活中所占的地位来衡量一个国家的民主——军人的地位越高，一个国家民主就越差。

我们看过去的北约的国防部长开会的时候，都是穿西装格履，你看社会主义国家的华约呢？华约的国防部长都是金光闪闪的军衔。那么军队的过分的政治化，也使得伟大的军人不能够善终——像林彪这样的一位伟大的军人，林彪用兵如神，据说他嚼着黄豆就可以决胜千里之外。这样的一个伟大军人，如果他一辈子都作一个职业军人的话，人民定会引以为荣，也可以相信他的女儿不用这么大的屈辱，他的太太叶群也不至于就摔死在蒙古的温都尔汗。但是他走到了政治之中。所以从这个事情，我们也要反思一下军队和政府的关系。

九． 现代政党制度

我们看到现在的宪政国家基本上都是有政党来作为不同利益群体的代言人。现代政党制度意味着我们要尊重不同的群体，组织不同的政党。要尊重不同的政党的不同的差异性。我并不想鼓吹所谓的两党政体，也许一党里边分成两派也是可取的，像日本的自民党那样......

由于时间关系，我今天的报告就到这里。谢谢大家

附：疑难解答

1 问：作为一个公共知识分子，作为一个法学家，应该在社会中留下一些什么？希望得到怎样的评价？

答：从根本上来说，一个人要想在历史上留下什么东西，如果能通过自己的呐喊，通过自己的努力，对一个社会的比方说宪政这样的大问题，能够有一定的帮助，尽一点绵薄之力，你就会感到很幸福。而死后的功名的这些东西，实在不值得再去思考。对这方面考虑多的人，反而不会赢得生前声后名。当然我觉得我不是承认自己在法律学术方面没有追求的人......

2 问：民主的文化基础问题。民主和国家管理问题

答：第一个问题是西方经验的一个写照，比如说我们中国宗教传统的匮乏怎样去解决？我觉得像中产阶级的形成能够带来对私有财产的需求，文化基础这个实际上是两千年的中国历史也没有很好的解决这个问题。不过，这是一个需要不断努力的途径。要兴建中国的宗教，比如说李洪志那样的努力是非常困难的。我自己承认这样的困难，但我很难得出一个结论，到底中国的一个文化基础应该怎样来建立？我觉得这个东西不仅是西方，而且是人类经验的写照。就是说你要把限制国家权力作为宪政的目标的话，我觉得这几个方面是很难避免的。在一定意义上说，许多东方国家进步的程度，往往是跟他们接受西方文化的程度成正比。

关于第二个问题。我觉得为什么我要讲一个立法程序的改善，为什么要讲司法独立，因为我们必须要注意不要因为民主而使社会陷入更加大的动荡之中。因为那样只会促使人民更加欢迎一个专制君主。那就更麻烦了。

上传时间： 2004/5/26 文章来源：ytht.net

从程序角度看“长江读书奖”的缺陷

by 贺卫方

一

从程序的角度看，本次“长江读书奖”之评选的确存在着相当大的缺陷。其中最明显的是，发起和组织其事的机构成员的作品最后得了奖。而且，由于对章程的有关条款尚有不同的解释，所以获奖著作的类型也引发了争议，无法令人对最后的结果心悦诚服，不能避免人们瓜田李下的猜想。这样的猜想的确不大好，像是以小人之心度君子之腹，可能会让一些涉“案”人士有一种受伤害感，不过，从来制度设计的基础都是将所有的人假定为利己主义者。甚至，在讨论这个问题的语境下，这里的假定本身就是一种假定：人们之所以要设立“长江读书奖”，之所以要颁发高额奖金，除了许多冠冕堂皇的说辞外，不也是认为即使是高尚如学者也十分看重——而且也应当看重——名和利么？如果大家都视功名如浮云、贱货利如粪土，那么根本没有必要也不可能设立这奖那奖的。

正如包括黄平先生在内的许多论者所谈及的那样，这次评奖中的回避制度规定得并不完善（黄平：“应该说《章程》没有完善的回避原则，它没有规定《读书》杂志的成员不能参评，我认为这可能是出于尽可能让参加者的范围广一些。”《中国青年报》7 月 7 日），是其中最大弊端。西洋法谚有云：“任何人均不可为自己事务的法官”（Nemo debet esse judex in propria

causa）。一个人，既主持利益分配，又参与利益分配，即使主观上千方百计地想做到公平，也很难让其他参与者或旁观者心服口服。其实，《读书》编辑部成员不参评，实际上只涉及两三个学者而已，所谓“尽可能让参加者的范围广一些”的说法多少有些牵强。况且，作为《读书》的两位执行主编，黄平出任学术委员会委员，并担任整个评审工作的召集人，而另一位执行主编汪晖的著作又最终得奖，这样的安排与结果，任你怎么辩白，也难免招致天下物议的。回避制度的缺陷导致双向的伤害：未获奖者固然指责其不公平，获奖者也会由于“朝中有人”的嫌疑而不自在，荣誉打了折扣，甚至自己内心也会看轻奖项的价值。因此，为了保证程序的公正，有必要修改《章程》，明确规定《读书》编辑部的成员（包括兼职执行主编），其作品一律不参加“长江读书奖”的评选。

除了《读书》人员的回避外，人们在讨论本事件时所提出的其他程序缺陷也应当加以弥补，其中包括对奖项种类及何谓著作的解释，学术委员会选任及评议程序的改善，“一套人马，两块牌子”式的两委设置的避免，等等。

二

在有关的讨论中，一些学者对于某些批评只注重所谓程序公正，而很少对本次评奖选出的作品本身进行富于见地的评论表达了不满。例如，评委万俊人教授就说：“没有一个人去评论获奖作品的水平。你可以指出哪本书或文章水平不行，还有没有比这更好的。”（《中国青年报》7 月 7 日）旷新年先生更是愤怒地质疑道：

“可是令人奇怪的是，对这次‘长江读书奖’的抨击，很少看到有人关心获奖的书的内容、质量，没有看到有人理性地来讨论哪一本书不该获奖。那些关心‘长江读书奖’的人，对于汪晖、对于人事的关心远远超过了对于书的内容、对于学术的关心。对‘长江读书奖’的攻击集中在程序不公正这一问题上；然而，首先起来攻击程序不合法的学者自己就参与了这些程序和运作过程，而且这些学者还是声名赫赫的自由主义人物，按照他们念念不忘的程序公正的原则，他们不仅应该在结果产生以前尽力使程序合理化，而且还应该尊重程序所产

生的结果（不论结果是多么违背自己的心愿）。然而，这些学者却只有当产生了他们不乐意看到的结果才事后来质疑这一程序，这样的‘自由主义’不也是太可疑了吗？”（“百位学者谈长江读书奖风波”之四十九，“汪晖为何成为学界公敌”，《中华读书网》）

我觉得，这样的评论有可商之处。对于获奖作品质量的评价并非此前批评的重点，这是十分自然的。对同一件作品，见仁见智，角度不同，立场各异，要获得相对一致的评价，实在是一件太难的事情。稍微了解学术史的人都知道，历史上有多少经典著作在作者生前默默无闻，甚至为主流学界所贬低；而某些作者在世时享尽称颂的作品却随着作者本人一起进了坟墓。“文章千古事，得失寸心知”，世俗的评价，甚至各种各样的评奖，在无情的时间面前，显得太微不足道了。

不过，话又说回来，程序问题本身并非与实体结果不相关联；只有公正的程序才能产生公正的结果。事实上，现实的人也在不懈地努力，力求设置更加合理的评奖机制，以追求现实评价与历史评价的一致性。人们发现，由真正的学者来评价学术作品，较之庙堂之上的大人先生们要更合理。人们发现随着知识分工的细化，过于粗线条地评价作品会产生外行评价内行的弊端。人们发现由利益无涉的人来评价，可以增进评价者的超脱和中立，因而更容易选出真正优秀的作品，同时——这是很重要的——更有助于人们接受评价的结果。人们看到了少数人，即使他们很优秀，也难以获取完整的信息，因而更广泛的推荐程序的合理性得到确认。人们发现了如果完全将政治领域的民主程序引进到学术评价中，可能使真正特立独行的作品在民主程序的筛网中淘汰出局，因而要改善表决程序，既避免简单多数，又防止少数专制。人们看到了公开与公正的密切关联，因而如何减少秘密程序带来的暗箱操作之弊就成为努力的方向之一。人们意识到程序的完善是一个永无止境的过程，需要不断地制度累积，需要不弃微末地改良。之所以有这些追求，无非是因为我们相信，程序公正与最终的实体公正之间具有正相关的关系。随着程序的不断改进，我们所能够获得的实体结果就会越来越经得起历史的检验。人们甚至将程序与自由的演进联系起来，一位美国的著名法官称：“自由的历史在很大程度上就是一部程序法的发展史。”因为正是得到所有人的严格遵循的程序使得人们对于自己行为的结果可以有适当的预期，程序是对决策者权力的事先限定，它标志着国家与社会关系的新型安排。“权利法案的大多数规定都是程序性条款，这一事实决不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治的基本区别。”（W.道格拉斯大法官语）

旷先生批评一些事先参与程序制定的人们在评奖结果公布后又对程序说三道四，窃以为这也未可厚非；程序设计中的一些缺陷是要在实践中发现的。这只是“长江读书奖”的第一次评选，工作室的“郑重声明”也表示“了解自己经验的不足，所以一直关注着各界的评论，努力从中吸取善意的批评和建设性的意见，并继续欢迎负责任的批评。”这里并没有限制批评者以及批评事务的范围。况且就我读过的现有批评而言，我们不能说批评者对特定的人或事怀有恶意。即使是一些很情绪化的批评，实际上显示的与其说是“攻击”，不如说是热切期望落空之馀的极度失望。从善意的角度看，它们仍然是善意的；从建设性的立场分析，它们毕竟是建设性的。

三

在“长江读书奖”引发的讨论中，不少学者对评奖过程中的一些程序缺陷进行了全面分析，朱学勤先生更是明确点出程序公正的问题加以讨论，并将它与中国的公民意识建设联系

起来，我认为这都是很具启发和建设意义的。除了大家已经谈过的，我这里只想补充一点意见。

通常人们谈及程序的价值时，多强调它对于决策者的制约价值，而忽略另一方面重要的价值，那就是，程序对于决策者所具有的保护作用。对于民主的论证也存在着类似缺陷。过去，人们总在强调，民主给平头百姓带来的好处，诸如让人民做国家的主人，让官员都变成人民的仆人，凡此种种，不一而足。其实，民主制度发展到今天，人民是否能够真正成为国家的主人实在是大可疑问。民主最大的好处也许是它通过投票箱，通过民意代表在议会里的表决，将决策责任的风险巧妙地转移到了投票人身上。领导人是你们选出的，他出了问题是你们看花了眼，怪不得别人；法律是你们选出的代表制定的，它体现的是你们的意志，你们不可以违反它。如果有人认为法律不好，那也只能通过民主的程序加以修改。修改之前，你仍然有义务遵守。不仅如此，民主还有一个好处，通过民主的程序选举领导人，可以最大限度地减少当选领导人维护自己权力的成本。投票箱所产生的合法性抑制了野心家的觊觎之心，篡权窃国者势必成为亿万民众的敌人。所以，民选领导人可以无需提心吊胆地提防他人造反，即便是他年轻时逃过兵役，吸过大麻，即便是绯闻缠身，只要民意指数超过六成，谁也拿他没办法。可是，不通过民主程序选择的领导人就没那么省心了，因为他的权力来自于非程序的力量，因此就必须防止其他非程序力量夺权，这样，驾驭群臣，识别阴谋，剪除异己，玩平衡术，便成为政治生活的主旋律。这样的领导人真正是太辛苦了。

程序的价值也可以作如是观。表面上看，严格地遵循事先订立的程序束缚了决策者的手脚，可是，人们常常忽略的是，程序是对决策者最好的保护。要作出一项决策，只要程序正当，对于实体结果，即使是有天大的不满，人们也无从指责。随着社会利益的分化和价值的多元化，超越价值之争的程序变得愈发重要。古希腊哲人提出“分配的正义”学说，认为正义的一个重要内容是，对于权力、财富和荣誉要合理地分配，让每个人获得他应得的东西。怎样才能公正地分配，离不开合理的制度，尤其是程序制度。具体到“长江读书奖”，它是一种很高的荣誉。因为有高额奖金，也不妨说是同时也是一种财富，甚至——用更宽泛的定义——也可以说是一种权力。它的主办机构是为中国学术发展作出卓越贡献的三联书店和《读书》杂志，它雄心勃勃，面向整个汉语学术界，因而理所当然地引起极高的期望值。“皎皎者易污”，要让各方面都满意，良非易易。因此，更需要决策者在程序上倍加仔细，不留把柄。

有学者写文讨论评奖经济学，我觉得从社会学的角度研究我们的奖励制度也十分必要。一个值得思考的问题是，为什么在我们这里难以产生和维系公正、权威和持久的奖项。一些奖项，设立时声势很大，但是很快就变味贬值，让贤者远离，孔子所谓“邦无道，富且贵，耻也。”学术界的评奖乃是学术制度的一个重要环节，也是学术规范化的一个具体方面，需要与学术有关的各方面的共同努力。“长江读书奖”创立未久，程序方面存在某些缺陷，由于这些缺陷而引发所谓“风波”，长远地看，都是十分正常的现象。董秀玉先生表示尽管有种种议论，但她决心将“长江读书奖”办下去，而且力求越办越好。在这里，我愿意表达馨香而祝、翘首以待的期望。

上传时间： 2001/9/13 文章来源：中华读书网

从惊堂槌说到法庭威仪

by 贺卫方

《水浒传》第八回写林冲遭高俅陷害，被押往开封府审理，正当看官们急着要知道林冲的命运的当口，作者却忙里偷闲，插入一段对开封府衙的描写——

绯罗缴壁，紫绶卓围。当头额挂朱红，四下帘垂斑竹。官僚守正，戒石上刻御制四行；令史谨严，漆牌中书低声二字。提辖官能掌机密，客帐司专管牌单。吏兵沉重，节级严威。执藤条祗候立阶前，持大杖离班分左右。庞眉狱卒挈刑枷，显耀狰狞；竖目押牢提铁锁，施逞猛勇。户婚词讼，断时有似玉衡明；斗殴相争，判断恰如金镜照。虽然一郡宰臣官，果是四方民父母。直使囚从冰上立，尽教人向镜中行。说不尽许多威仪，似塑就一堂神道。

这一段骈俪文刻画细致，辞章华美，读者仿佛看得到也感受得到当年大宋王朝首善之区的府衙气派。这种威风八面的衙门气象或许会受到某种质疑：审判案件不就是根据事实和证据对讼争作出裁判么？干吗一定要花平民百姓那么多的银子搞出种种“说不尽许多威仪”？这些形式化的、装饰性的劳什子对于司法的公正又有何用？

同样的问题今天仍然可能提出。近年来，我们推行了若干侧从“形式”的改革，例如将法官的服饰由过去的军警式制服改换成黑色的长长的法袍。服饰之外，法官所使用的“道具”也受到关注。2001 年 9 月，福建厦门市思明区法院率先在审判席上引入了法槌，不少媒体对此作出报道。不久前，最高人民法院作出决定，全国法院将于 2002 年 6 月 1 日起全部使用法槌。法槌的风格是西方式的，但还是不免让人联想起古代官员手中的惊堂木。（其实，我们不妨将法官适用的木槌直接唤做“惊堂槌”。）虽然官方媒体大多持肯定态度，但是，我们在网络上却可以看到某种质疑的观点：体制不改，素质不变，光是形式上的花样翻新又有多大意义？

更值得注意的是，这类偏向形式化的追求或许跟现代社会政府模式的演变趋势不甚吻合。在司法决策方面，现代社会也在经历着——用韦伯的概念——某种“除魅”过程。诉诸天意、神明裁判以及决斗等手段解决纠纷在今天的人们看来已经是相当荒唐的举动。在司法的过程中，我们依赖的是可以观察和对质的证据，通过对法律规则进行理性的解释，运用逻辑推理，最终作出判断。其间人们当然要受到某些形式因素的制约，例如时效、审限、初审法院与上诉法院之间的分工、一事不再理、司法判决的既判力等等，但所有这些限制都可以在目标合理性甚至利益权衡的背景下加以解释。与这些看来具有合理性的形式因素比起来，惊堂槌以及法袍所追求的价值就不那么容易理解。它们好像是在除魅的大趋势下的反向举动，试图用非理性的手段唤起人民对司法权威的尊重和服从。

解释这样的矛盾并不是一件容易的事情；非理性事物难以通过理性的手段作出解释和分析，好比一个不信仰宗教的人永远无法理解宗教，又好比水的温度不可能用尺子加以衡量。这里只能尝试着结合司法的理念作出一些解说。

最重要的解释也许是人本身以及理性的局限性。启蒙时代理性主义高举人的旗帜，人的价值与力量不断张扬，而神权则日渐式微。不过，人的这种自负只能在某些领域表现得比较突出，例如在不限制时间的情况下对世间事物的认识上，在科学技术文明的推进上。在司法方面，人类的智识创造也使得以往难以判断的事务变得容易判断。有了 DNA 技术，现代包公就无需再演一出《包待制智勘灰阑记》了。不过，总体而言，还是有太多的事项难以完全以人力作出判断。最典型的案件便是号称世纪审判的辛普森案，迄今为止，他的前妻及其前妻的男友究竟是何人所杀，仍然是桩无头案。审理此案的伊藤法官跟研究哥德巴赫猜想的陈景润数学家不一样——后者可以不受时间限制地研究下去，甚至一代一代的科学家不断研究下去。法律家受到时间的限制，受到人权保护以及司法资源的限制，更受到他不是神这一事实的限制。固然，法官的决策有国家的强制力做后盾，然而，一味地凭借武力实施统治也断非长久之计。怎么办呢？法庭的威仪可以起到某种说服作用——当事人一进法庭就不免肃然起敬，对法官所作所为的批判精神不知不觉地就被消解掉了。

写到这里，我自己都觉得这样的解释太不“政治正确”了。不过，这篇小文还是有其“政治正确”的一面。一开始便引《水浒传》，便是预先回应中国国情论者的策略。年前法官换袍，我曾收到来信，指此举系全盘照搬西方，失去了中国特色。也有人质疑说穿上法袍的法官看起来与其说威严，不如说滑稽。我常常不清楚到底什么是中国特色。法官穿军警式制服便是中国特色么？实际上，如果真的要追求中国特色的话，至少法官应该像包公那样蟒袍玉带。假如我们今天的法官在法庭上也蟒袍玉带，审问时惊堂拍案，休庭时法警低吼，不知是更威严，还是太滑稽？

2002-1-24 0:59:38　发表于雅典学园

附：网友讨论录

【于无声处】 2002-1-24 5:16:41

说起法院改革过程中的形式主义，在不才我看来是形式主义得还不够。以制服而言，基层法院的法官和书记员的制服一模一样，毫无区分，当事人进了院门还是见人就叫法官。更严重的是今年我们在写人大报告的时候遭遇了一个疑难问题：法院工作的主体是用“干警”还是用“法官及其他工作人员”？写在书面上还好一点，院长向代表们作报告的时候，人大代表能否接受？院长能否念得顺？我们采用了模糊做法，一律统称为“法官”，让我们书记员也稀里糊涂的官升一品了。还是那句老话：法院改革不应该单行。

;）

【罐头】 2002-1-24 7:37:15

难的是心理除魅呀!我们的群众已经习惯了那样的制服，那样的大盖帽，那样的“法车”，那样的称谓，那一切一切的“政治机关形象”，法锤也好，惊堂木也罢，除了先惹人发笑，再到终于成为国家政治的符号（这就是形式主义缺乏实体保障的最终结局吧？），又有什么地方能体现司法的权威呢？就算有司法权威，大概也是籍着老百姓“误读”出来的政治权威

得以形成的吧。所以，旧调重弹还要继续呀，只是希望对象不会是牛，至少我们自己不能是牛，否则牛弹琴（如果技术上允许）就更了不得了。

汝果欲学诗，须知工夫在诗外！在这也到可以套用

PS：法锤总不至于成为暴怒的法官侵害当事人的身体的武器吧？呵呵^_^

【漠人】 2002-1-24 9:08:48

贺卫方的文章还是那么漂亮！漠人喊了贺先生来，看了好文章不敢回，又不能不回——

法官有时候并不比普通人更能分清是非——难办的是，法庭有时候不得不处理这些事。法庭威仪与其说有助于提高当事人对法官的尊敬，不如说反映了法庭的权威。只有法庭有权威，有些事情才能得到解决。

美国的一切重大问题最终都会上升为宪法问题，比如堕胎，是因为法官们能说清楚这些没人能说清的问题吗？未必。罗伊判例对妊娠期的武断划分有多少合理性可言。其实，人们接受法官判决的理由是：即使没有人能够说服大家，也不能老这样吵下去。人们为什么会接受法院的结论而不是政府或者是媒体的呢？因为在以往的重大问题上总是法院说了算。

要真正让人们服膺于法院的权威，法院总得先表现出权威性。漠人认为，法院必须先在行政诉讼乃至宪法诉讼中确立地位，才会名至实归。

【一水寒】 2002-1-24 13:00:13

有两个女孩，一个很丑但心地善良，一个很漂亮心地也很好，那么你喜欢哪一个？肯定是后者吧。我希望我们的司法改革双管齐下，形式、实质都变的“漂亮”。

【阿唐】 2002-1-24 15:56:07

不能老是只改法官啊，就法官穿得漂漂亮亮威风八面，不显得我们检察官寒伧了？还有律师——听说律师也准备着新装了——可千万别抢了法官检察官的风头啊，否则，那法槌岂是用来做样的？

【陈永苗】 2002-1-24 19:01:50

谁手上有伯尔曼的《法律与宗教》？将其中的讲仪式的作用的内容弄部分上来。与先生此文映照一下。

【farmer】 2002-1-24 20:01:24

相信人们观念的改变是需要时间来印证的，实质改变从形式改变开始！

如果说

【贺卫方】 2002-1-24 22:52:19

如果说司法程序离不开某种仪式化的因素的话，那末，我们的古典传统实际上具有相当强烈的反仪式化色彩，例如禅宗的反繁文缛节，“放下屠刀，立地成佛”。直到今天，我们的政治和社会生活中仍有此特色。美国联邦最高法院的九名大法官至今相互握手仍与常人不一样，特别具有仪式色彩。议会开会也有些相当程式化的过场。我们的仪式化似乎只有天安门广场升国旗一项了。这是什么原因呢？大家能讨论一下这个问题么？

【萧瀚】 2002-1-25 0:22:24

因为仪式会产生庄严感、凝聚力甚至神圣性体验，而这是中国历代统治者最警惕的，他们希望中国人永远是一盘散沙，各个击破易如反掌。之所以剩下一项，那是维护统治的必要。尽管不需要别的，但是奴隶还是要的。不知这一论断贺老师是否同意——虽然缺乏论证。

出庭证人对什么发誓？

【fu ranke】 2002-1-25 10:35:09

这篇文章原帖在贺教授谈证人问题的帖子后面，现搬过来，问题性质一样。

出庭证人对什么发誓？

傅然可(发表于华夏时报)

大盖帽本身并不可畏，有威的人戴得多了，便有了大盖帽之威。相同例子举不胜举，原因无非在于人离不开用符号表达意义。无怪乎，贺卫方教授从法袍的出现(恢复)谈到了司法理念的变迁。类似地，强世功博士受福柯启发，回想起当年公审四人帮时，法官和检察官居然坐在同一张桌子后面。

我们今天已经不能接受法官和检察官在庭上并肩而坐，这是因为，在过去二十多年间，我们逐渐建立并习惯了一定的司法意义体系。用福柯的话说：法庭的空间安排意味著一定的意识形态。按照这一意识形态，法庭意味着有第三者居中而坐，即中立的法官，听取分立两侧的诉讼双方；结论不能事先得出，而要以一定的正义观和真理观指导下的调查为基础。

福柯对法庭的空间安排做这番刻画不是为了推崇之，而是为了提醒法国七十年代初的毛主义者不要用西方法庭式的空间安排来实现他们所向往的所谓“人民正义”，因为“人民正义”和法庭所要求的中立等一系列正义观和真理观格格不入。法国的毛主义者一方面对福柯动辄谈起红色中国的人民正义是如何实现的，一方面又缺乏“制度创新”的能力，跳不出法庭的框子，从而引出福柯关于法庭形式的一番讲解。福柯在表达其观点的时候，再三声明自己对中国的事知之甚少。三十年如弹指一灰间，如今，福柯思想走红中国，而其人已不在世间，法国的毛主义者也不知去了哪里。

我们的正义则正向着以中立(者)为核心理念和象征的法庭空间安排逼近。据新华社 2001

年 12 月 30 日讯，最高人民法院司法行政装备管理局面向全国征集“法桌法椅法庭背景”的设计方案。虽然不比法袍显眼，不如统一司法考试复杂，法桌法椅也不失为一项影响深远的改革举措。构建制度，适当的符号和仪式总是必要的。

司法改革到法桌法椅这般细腻处，似乎走到了一个转折点。迄今为止，司法改革都是内向的，即关注司法的内在构成，小到法袍法桌法椅，大至审判方式，判决书写作，法官检察官律师资格，统一司法考试，建立所谓“解释的共同体”，等等。忽略腐败现象不计，以上改革措施应该很快能实现一个由精英全程运作的司法体制。

一个精英的司法运作程序必然要面对的却是未必那么精英的各色当事人；即便当事人可以由西装革履的律师代理，出庭的证人也必定是“可遇不可求”的“原装”。我们可以想像，两辆私家奔驰车在野外相撞之后，主人多少有点别扭地看着，或通过律师看着，各自的诉讼要求最终可能取决于一个农民证人的证词。这还不是问题所在。假设是一个衣冠楚楚的家产颇丰的证人，面对法桌法椅法袍，她该指什么为誓，以承诺其证言的真实？

起誓不同于承诺，后者是承担当下的责任，而起誓是以超越当下的神圣之物为镇摄。恰恰因为没有哪个司法系统有足够的资源调查起诉每一个可能的作伪证者，所以承诺之外，还要附以根本无法在现实意义上核准的起誓。在美国，证人起誓通常是以上帝的名义；近些年受文化多元主义的影响，法庭必须允许不信上帝的证人以任何他自己认为神圣的事物来起誓。(过去曾有禁止不信上帝者作证的情况。)□在中国，起誓不是稀罕事。我们都曾经“时刻准备着”过。那正是以超越当下的神圣来纯化心灵。不过，绝大部份的出庭证人是不再时刻准备着的成年人。他们以什么来超越当下？他们用什么来燃起内心的神圣感？在我们这个既不弄怪力乱神，又追求思想统一的后革命国家，出庭证人以母亲的名义，或指着祖坟，或任何其他自己认为神圣的事物来起誓都是不可想象的。

国家无法自上而下地“统一”“培训”证人，因为潜在的证人是我们每一个中国人。在出庭作证的问题上，国家给自己制造了一个两难：一方面它期望证人把自己当个堂堂正正的人，把介入他人纠纷当作参与促成正义的公民义务，另一方面，它又不太乐见个人成其为个人，有个人化的信念。

就以一定的真理观正义观为基础调查事实而言，可靠的证人和精英的法官律师同样是司法不可获缺的成份。从这个意义上讲，司法不是谁治理谁的工具，而是公民自治，实现正义的公(共)□-□开(放)程序。一如当年“人民正义”之极端的不可行，今天被某些人推崇的精英司法是差之毫厘，谬以千里，貌似正确，实则不通。

或迟或早，我们会认识到，(司法)改革的最后成败将系于那些与统一司法考试无缘，却始终兼跨司法体制内外的证人/个人/公民。没有自主之个人，我们的证人只会做伪证罪胁迫下的承诺；没有公民，面对精致的法桌法椅法袍，证人起誓将是个很尴尬的场面。

2002/01/08；2002/01/09 改

【一二】 2002-1-25 9:55:35

我们所说的那种“仪式”的丧失从较近的历史角度是否可从这样三个事件来考察，一是

“五四”运动，二是新中国成立，三是“文化大革命”？其实这三个事件同样是具有强烈的仪式的，只是不是我们所说的那种“仪式”，而是革命的仪式。尤其是文化大革命，用一种近乎极端的仪式扫荡了其它几乎所有异己的仪式。而此后“上帝死了”，从此在人们心目中再也没有什么是神圣的了，这也是中国再难培养起一种信仰的缘故罢。没有了信仰，仪式也就剩下了躯壳，除了觉得好玩好笑外，也便没有其它什么东东了，这实在是一种悲哀！

【豆饼乐】 2002-1-25 10:42:42

统治者愚弄老百姓时，很重形式，所谓“冠冕堂皇”，理由都是很宏大壮丽的。但是限制统治者的时候，好象形式的“微言大义”无法凸现，或者被统治者轻轻化解。当老百姓真的把形式看的很重的时候，统治者的统治就不费吹灰之力了，当统治者不重视形式的时候，老百姓就是再虔诚，也只是----仰天长哭！

形式很重要，真的很重要，如果能对所有的人都重要，面前一律平等，就更好了！更好永远不如次好那么容易实现！怎么办？妥协，还是去走极端？

【漠人】 2002-1-25 13:48:10

疑问：中国的政治生活缺少仪式？

毛遗像至今还挂在天安门这个政治中心；五十年国庆花去数千亿人民币；长安街上的各大部委的大楼装修之豪华有目共睹.....

文革也不是打破了一切仪式：王小波在文章中写道，乡村的老大爷们带着他们恭恭敬敬的给毛相片鞠躬：“今天姆恩的活茬是，带着小学生们敛芝麻....”

所有上面提到的仪式在今天失去了支撑，已经（至少）不被我们认可。贺卫方写法袍和加假发时说起这些仪式的传统和宗教渊源，我想提的是那些仪式可以得到人们广泛的认可？

【黑暗的公正】 2002-1-25 14:09:04

把复杂的事情想简单

把简单的事情想复杂

???

【farmer】 2002-1-25 20:03:34

仪式的形成和延续乃至形成传统是否需要稳定的制度为保障？而建国后无数次的破旧立新是否又为仪式化渐渐消失的原因之一呢？（一点不成熟的想法求教于贺先生）

【appear】 2002-1-25 20:54:11

难以敲醒中国人的~心魔~啊！

还是现在这个题目好。

【沈浪】 2002-1-26 0:25:05

贺先生这篇文章，发表在人民法院报上，改为《法庭威仪说》，似乎太威仪了一些。我还是喜欢在本坛发表时用的这个名字，平易多了。对于这样一篇小文章，题目太威仪了反而不好，是不是说明了威仪也是需要语境的？

法庭需要威仪，法槌可以增加威仪，这话都不错。最高院的思路莫过于此。当然，他们也不是不知道，只有法槌和法袍，还不能形成法庭的威仪。有威仪而不威，毕竟是可以轻易想象的事情。比如法官用法槌制止检察官，检察官是不是买帐？这个问题还是可以一问的。至于民众，面对不公正的判决，即使法槌敲的砰砰响，恐怕也是要蹦上几蹦吧？

对于最高院的改革，我一直不愿意苛求。因为他们也是一些聪明人儿。确定司法威仪，符合他们的利益，他们当然想。问题是他们太聪明了，知道有些事情做不得，比如告最告检的案子不能受理，最高当局定性的案子只能唯上，而不能唯法（当然可以违法）。法槌之类的东西，多少可以增加法庭的威仪，对其他各方也能交待的过去，能这么快被推广，也就不奇怪了。

对于最高院的这种心态，我倒是很愿意乐观其成的，因为这些形式化的改革后面，其实跃动的也是一颗驿动的心，用经济学的术语来说，这些形式改革，也是最高院实现自己利益最大化的行为。最高院不是不想做的更好，而是约束条件使他们无法做的更好。我甚至比较偏执地认为，如果不把司法改革的希望，寄托在他们对正义的追求上，而是寄希望于他们追求自己的利益上，司法改革还是可以期待的（回忆一下美国的宪法审查制度是如何形成的）。当然，这里需要辩明的是：他们在追求自己的私利时，也许会用上很堂皇的理由，因此他们的行为的后果，并不当然等同于他们的动机。

贺先生的威仪论，文章虽短，涉及的问题却多，当然免不了浅尝即止。不过贺先生似乎太想论证威仪的说服力量，而没有看到形式就是内容。辛普森案所以异议极大，而又能被和平接收，关键还在托克维尔所说的“民情”，无此民情，法庭再威仪又能有什么用呢？

说到尊重司法的民情的养成，呵呵，我就不知道该说些什么了。

最后，贺先生说，中国现在不重视仪式了。这个判断似乎有问题，因为相反的例子和支持的例子几乎一样多。比如和禅宗（似乎也是禅宗的一部分）不重形式相对待的，就有儒家的礼。我国领导人和别人握手，就很讲究，而克林顿之流则随和的多。问题恐怕不在没有这些形式，而是形式代表的东东有点问题而已。不知道贺先生以为然否？

呵呵，我说的够乱的了，打住。

【既醉】 2002-1-26 21:08:28

赞同沈浪的说法，说传统中国不重视仪式，此判断未免轻下。

贺先生对传统常有非常睿智和敏锐的洞悉，但我觉得因为有很多历史文献类的工作，前人或其他学者没有做或没有成熟的结论，致使贺先生的某些判断在论证上有些困难。但我想贺先生重在建构新的法治文明，重在启蒙，不能耽误太多的精力在考据上。

当然，萧瀚兄也是如此。不过萧瀚兄在这里论证贺先生的判断时，道德情绪太强烈了。

我只想追问为什么或者为什么成为可能？所以我对诸贤的判断常常细加审视，譬如贺先生提出的科举对阶层流动性的影响，据我的统计，自唐正式设科举以来共举行了 550 次（科），进士分为三甲始于宋真宗，但宋在三甲人数上并无定例。而中举人的是否就进了官僚阶层，也不能一概而论，清朝可任知县，而此前却最多任教职。再有科举之外并未废止其他选官制度。我想可能求助于研究人口史的葛剑雄教授也许能得出个清楚的结论，又怪以前怎么没有历史文献学者做好这方面工作，后来看到当代历史文献学大师张舜徽先生说自己读《资治通鉴》也用了三年时间，我才更深刻的领会到乾嘉学者的伟大。

萧瀚兄对孝经的批判，我再仔细阅读文本后，理解萧瀚兄的用心，但由于只是借批判孝经而宣扬新的爱的道德观，所以并没有批判到位，以我看还是启蒙的意义大于批判的价值。我发现一个有趣的现象，在自古以来的学者那里，孝经并没有得到很大的重视，（好像有一位专家也这样讲过，但记不清了。）为什么如此？经过我对文本的参悟，我觉得孔子（或者说曾子）作孝经的主要目的是为了规范君主的行为，希望君王以孝道的精神以治天下，以待百姓。萧瀚兄批判的“二十四孝”，那已经是元朝人郭守敬辑的了，是近世的事情。而且所谓郭巨埋子，有没有埋？其实没有，他挖坑挖到了金子，也就不会存在子与母争食的问题了。佛教的印光大师认为念佛要从孝开始做起，顾准说必须清算传统文化，我觉得应该清算的不是孝。为什么清朝出现的高月槎辑的“后二十四孝”越加不近人情，那是专制统治把孝等同于忠的目的的体现。该批判和清算的是中国的官僚政治。

【沧浪阿牧】 2002-1-26 21:25:18

法庭仪式改革当然很重要，但我想法官的素质才是最根本的公正保证，现在基层法院还是退伍军人和社会招干的法官居多，年纪轻的本科生还大多在干书记员的工作，所以近几年的改革结果会很滑稽吧！就象苦命的我，才提了助审，都 29 了啊，大学毕业都 6 年了，浪费啊，整天做高中生都能做的工作，一肚皮学问无法运用，普天下的本科生啊，这才是中国审判制度改革的悲哀啊！

【zhon】 2002-1-26 21:53:19

中国传统上也存在着偶像（是否与威仪同一含义，值得商榷），但中国传统以来一直把偶像也当成是实用主义的附庸而已。如果威仪的实行能够部分消解实用主义的消极影响，或许倒是建立一个形式理性的过程，倒也是法治之一进步。形式的被注重，同样表征着法之形式理性，妥否？当法与法制不再只诉求那些所谓的宏大叙事，或许也是法之希望所在。

【新月如眉】 2002-1-28 13:42:47

不知道是不是学多了马克思主义哲学，我们现在做事越来越强调“两手抓”，凡事总希望面面具到。我们希望给予法制一个合理的外观同时又高叫杜绝形式主义，到头来往往是不能自圆其说。其实，纠枉就必然过正。我们长期以来一直忽视法治中的形式问题以至于没有树立起法院应有的威严，现在我们看到了，要改正了，可又不得不畏手畏尾深怕被扣上“形式主义”“全盘西化”的帽子。然而，在一种制度观念的形成期，一些“过激”的手段是必须的。我们先要学会片面才可能达到全面。怀念深刻的片面！

【冬冬】 2002-1-28 14:21:54

深刻的片面

是不是受陈兴良先生的影响

【周周】 2002-1-28 16:14:55

一个贴子写了两次都中途夭折，令我伤心加气恼不已。但是下定了决心要把它完成，想在这里胡乱说几句，不对之处还请不吝指正。

我以为仪式在中国古典传统之一直扮演着相当重要的角色。从出生到结婚最后入葬，其中的仪式和礼仪规矩可是多如牛毛。直到现在还有它们的影子，只不过现代人嫌麻烦或者大多忘却了，于是渐渐淡化了。当然这说的是民间的，关于政府的仪式古时候也是很多，上文说到的就是明证，什么“肃静”“回避”“惊堂木”还有三跪九叩，让当官的高高在上，保证了朝廷的威仪和权威。旧中国一定程度上也是靠这些来维系其统治的，通过仪式来强化其礼仪教化，强化等差秩序，君君臣臣，父父子子，做什么都要有规矩，不可逾越。

现在仪式在人们生活中渐渐消失了，以前农村每年春天最热闹的庙会也越来越冷清，熟人社会逐渐瓦解，反正个忙个的，谁也管不了谁，对于公共事业也没有参与的热情。政府的统治也不需要威严的或者说是神秘的仪式来维持了。建国以来，国家不断瓦解着原有的统治秩序，以便建立起新的统治模式。来自民间的自发的力量显得那么渺小，中国只剩下了一个声音。这便是专制的温床，建立法治社会需要的是培育多元的利益集体，要有不同的声音，也许并非一定要靠仪式吧。

不过随着民营企业力量的不断壮大，我想这样一元的局面应该会被打破的，但是占中国人口比例最大的农民始终形成不了集中的力量，旧的一套打破了，新的尚未建立，这是一个问题。

【李军】 2002-1-28 20:34:56

最高人民法院作出决定，全国法院将于２００２年６月１日起全部使用法槌。法槌的风格是西方式的。这个消息在全国引起轩然大波，极少人说这是好事，更多的人说此是在司法改革上只是形式上的东西，而制度上没有改，没有所谓的中国特色。于是在所谓的法律人之间出现了一种悲观的情绪，真的不知道这个司法改革这股风是往哪个方向吹。听证在这几年也搞得很热闹，有的说由于中国加入了 WTO 后，政府的透明度加强了，从群众中来，到群众中去啊。于是不少著名的学者也纷纷著书说这是我国政府改革过程的一大亮点，也有人说

这是在赶时髦；有的说早该是这样的了，但来的太慢了。是我们的期望值太高，还是政府在坚持稳定是一切的前提下努力追求着成功及其对得起人们。也许我认为在我们批评我们的政府的时候，千万不要丢了我们的民族自信力。

鲁迅老人家在很多年前就说到这个问题，也许我现在可能是老调重谈，但在不同的历史时期，也许她的涵义也是不一样的。鲁迅在那个‘悲凉的社会’里，在国家受到凌辱的黑暗的‘非人制度’里，在西方思潮涌入一个思想混乱的过度里，在‘社会主义’，‘民族主义’，‘马列主义’等各个所谓先进的东西在古老的文明古国横冲直窜的过度里，忠实的人民真的不知道该怎么办的时候，鲁迅他很清楚地看到了我们的弱点，就在所谓的先进的知识分子在不断向西方拿来的时候，他说，该拿来就拿来，不该拿就不拿。也许我们在这里也要问一下自己，这个法槌该不该拿。我们知道法槌和惊堂木的功用都是由法官在桌子上用力捶一下的时候会发出“崩”的声音而起到镇定法庭的作用，也许看起来显得更加威严和严肃。可为什么不要我们古代的惊堂木呢？我想我们的民族主义情感在其中作祟。罗素说，‘民族主义是人的本能，建立在一定的情感的基础之上。其出发点是为了避免暴力和战争。民族主义是一种非理性的狂野力量。’既然是一种本能，那么它就想吃饭一样，无论如何是要有所为的，既然是这样那么我们作为一个共同的中国人来说，是有着共同的民族情感的，但这种民族情感带有某种狭隘的偏见，或者说是另外延伸出来的爱国的热情，自然而然在面对其他民族的东西的时候，这种潜在的狭隘的民族主义就不自然的显露出来，然人觉察不到她的存在。但我认为这中民族情感是要分成两类来看的。第一，建立在经济利益基础上的民族情感，这种说法是作为了老马的阶级斗争的基础。其‘全世界无产阶级联合起来’就是对这个说法的证明以及在这个证明基础上对老马的理想的彻底的粉碎。但我们也不能否定老马的想法是有他的严谨的理论关系及其在其联系上的合理性，因为经济的决定力在目前的中国是占着上风的。第二就是建立在民族情感基础上的民族主义，它是一种潜在的意识，在遇到别的民族的另外的一种思想风格的时候，它总是表现为一种排外。

法槌在我们的潜意识来说，是不具有‘中国特色’的，而我们的惊堂木，我们是既爱又恨，爱的理由是：‘中国特色’，恨的理由是：‘封建东西’。于是我们似乎是来到了很可恶的地方了，按我的说法就是，拿什么都不行，假如最高法院命令采用的是惊堂木，也许有人会出来叫了，中国要复古了，中国要复古了，就好象清末的时候的最后的长辫子进京，这个时候是肯定有一些人在街上跳舞，一些所谓的先进之人会在这个时候在一旁窃窃私语：让外国人笑话，嘿嘿。好了，这么说来，任何东西的出现都是有其两面性的，所以我在这里也就不敢说谁对谁错了，那好吧，我建议，法官既不要惊堂木也不要法槌，按一下按钮就发出和木头相类似的声音，依我看，谁还敢说闲话。

【漠人】 2002-1-30 12:28:35

最好是在每个人脚下（法官除外）安置一电极，一按就能让所有的人跳起来，并且周围的环绕音响马上发出低沉的“肃静——”（请李默然录后制成芯片统一安装）

呵呵呵，我已经乐不可支了

一点资料

【陈永苗】 2002-1-30 14:15:58

余英时认为,单从价值和秩序有超越性的根源这一点而言,东西方并无基本的差异,但是在超越的根源与现实的关系上,两者则有明显的区别,西方注重与外在超越,于是有上帝之城、普遍的教会、自然法，而中国则强调吾日三省其身的内在超越，因此组织化的教会和体系的教义可以省略，象征性的意识也不是很重要。

HREF="http://law-thinker.com/club/dispbbs.asp?boardID=1&RootID=5624&ID=5624";

TARGET=_blank>请到此处参与讨论

上传时间： 2002/1/24 文章来源：雅典学园

从律师中选法官

by 贺卫方

最近一段时间里，也许是受到英美国家相关实践的影响，在我国的法律界，也出现了从优秀律师中选任法官的呼声。《中国律师》杂志还为此组织过专门的讨论，引起了广泛的反响。

这个问题的提出当然具有某些可以理解的背景，不过，很明显，在目前我们的环境里，从律师中选任法官还是一个不大容易实现的目标。其中的阻力，举其荦荦大端，就包括诸如律师数量太少而法官数量又太多，法官的收入与律师之间的落差，法院内部管理制度的缺陷导致的法院吸引力匮乏，律师的社会以及政治地位的低下，现行人事体制上的二者之间缺少桥梁，等等。

尽管如此，短时间实现不了的目标未必就只是一个梦想；制度的形成过程有时来自某种长时段历史因素的积累，但是也经常来自人们意识的改变和外来模式的引进。虽然不指望一蹴而就，但是，英美式的从优秀律师中选任法官的价值还是值得我们花些心思考虑一下的。这里我们不妨对此再进行一番简要的讨论。

先说不那么高雅的好处。从优秀律师里选任法官的第一个显而易见的好处是有利于减少法官的腐败。所谓优秀律师，当然是指那些执业上最成功的律师。律师成功的主要标志是什么？我想不外乎在一些广受关注的审判中雄辩滔滔，显示出过人的智慧和娴熟的逻辑和语言技能，与之相适应便是收入的丰厚。于是，在最优秀的律师中选任法官也就意味着在最富有的律师中选任法官。我们知道，法官的收入较之律师偏低是各国的常例。法官人生价值的实现与其说依靠收入的优厚，不如说依赖社会地位的崇高和行使司法权过程中知识和权力的彰显和由此获得的尊重。在不少法官看来，法官职业的吸引力之一恰恰来自他们无需像律师一样以商业化的形式谋生。不过，收入菲薄的确会成为削弱法官尊严乃至诱发司法腐败的因素。

这样，如果从优秀律师中选任法官，那么相当多的法官在任职时已经是衣食无忧，甚至腰缠万贯了，“衣食足，知荣辱”，他们对于贿赂的抵御能力就会强得多。

第二个好处是，当法官都是从优秀律师中选任的时候，法庭审判以及整个司法的秩序就更可能得到维护。法庭上处理案件，解决纠纷，终极的权力还是把握在法官的手中。为什么法官拥有这样的权力，他作出的终审判决必须执行？当然是因为国家将权力赋予了他，他的权力背后有国家强制性的支撑，不服从者要遭受法律的制裁。但是，任何长久行使的权力都不可能一味地依赖暴力;法庭上和法庭外的人们对于操司法权柄者发自内心的尊重是更重要的条件。只有优秀的律师才能当法官，这无疑向法律职业内部和外部的人们发出了清楚的信息：法官乃是法律职业界里出类拔萃之士，他们的决策具有更大的正当性；服从法官差不多就等于服从真理。虽然这样的说法有某种过于理想化的嫌疑，但是，在任何司法体系运行良好的国家里，法官都享有很高的社会公信力，这一事实足以证明法官选任上的精英化是司法有效地调整社会关系的可靠保障。从优秀律师里选任法官也意味着法官对律师技巧的谙熟，这对于法庭上的律师也是一种无声的告诫：在法官面前不要耍花招，那无疑是班门弄斧——他能够坐到法官席上正是因为他曾经是最卓越的律师。别看他老僧坐定，不动声色，实际上你的那些花招哪里迷惑得了他那敏锐的眼光！

优秀律师当法官的第三个优点是有助于改善国家的政治生态环境。从英美法国家的经验看，作为一种自治的行业，律师职业的存在本身就是对国家权力的一种制衡。在法庭上，律师运用其专业知识与技巧说服作为国家司法权行使者的法官，法官必须认真对待律师的辩论表明法学的专业权力对国家权力的规训和控制。抑有进者，英国的律师们还不满足于规训本身，他们又获得了一个更大的胜利，那就是把持了专业法官的入口：所有法官都必须从执业律师中任命标志着社会与国家之间的一种新型关系的诞生，意味着作为国家权力重要组成部分的司法权具有了某种民间性格。如果说共和政体的民主性质在立法与行政两个领域有赖于人民本身亲自选举行政首脑和国会议员的话，司法权的民主特征的来源除了法官必须遵循民意机构所制定的法律一条通道之外，律师对于法官候选人的垄断是另外的一个途径，虽然在托克维尔看来，那反而是一种对民主的弊端加以平衡的因素。

尽管有上述优点，但是，优秀或者资深律师当法官的某些弊端也不能够回避。长期的律师生涯会塑造一个人的生活习性和世界观。最明显的是，律师总要站在一方当事人立场上考虑问题，他在言谈举止上不仅不隐藏而且会极度张扬这样的偏私特色。但是，作为法官，不偏不倚却是最基本的要求。担任法官之初，前半生养成的习惯却不易改变，因此角色与行为的转换往往是一个十分艰难的过程。上个世纪曾任英国首席大法官的休厄特男爵（1870－1943）就是这样的一个例子。“休厄特终其一生也没有改变他的偏私形象，无论是作为政客，还是作为法官，对于他而言，总是无法丢掉一种习惯，那就是看一幅图画时总是一面清楚，而另一面模糊。”一位传记作家这样描写他。

2003 年 2 月 11 日下午写毕，发表于《人民法院报》2003 年 2 月 14 日

从硕士生说到整合法律教育

by 贺卫方

我发表暂停招收硕士研究生的公开声明后，得到了媒体的广泛关注，不少评论者各抒己见，提出了或赞成或商榷的各种不同看法。著名评论家、现任教于美国萨福克大学的薛涌先生发表题为“贺卫方若在美国招生”的文章，把美国法学院的硕士学位招生与中国的实践比较，认为美国的硕士没有如此受到关注，而且说硕士生招生考试博而不专“很难说触及了问题的实质”，他称美国法学院录取学生，“大多数根本不是法学专业出身”，因此法学院招收硕士生应当注重宽阔的知识修养（《中国新闻周刊》2005 年 7 月 7 日，更晚近的一篇评论，“如果我在法学院当教授”，《东方早报》2005 年 8 月 1 日）。

薛先生能够在这里介绍美国的做法，给我们以邻壁之光，借鉴之镜，是很值得欣慰的。只是他也许忽略了这两个国家之间在法学硕士乃至整个法律教育模式上的巨大差异，此硕士非彼硕士也。简单地说，我们的法学硕士是一种学术导向的学位，而美国法学院的法学硕士（LL.M.，被学生戏称做“老流氓”的）却是一种实务导向的学位，晚近以来更成为越来越多地面向外国学生的法学学位。导向不同，就很自然地带来学制上的不同：我们的硕士学位要通过三年的修习才能获得（北大从去年开始将法学硕士减为两年），而美国的则只有一年。第三个差别在于是否分专业、设导师，一年制实务导向的学位的确是没有多大必要安排导师，选修几门课，成绩合格，大致上就可以拿到学位了。但是，中国的法学硕士因为是学术导向，导师按专业指导，毕业论文需要显示很大的专业和学术倾向就顺理成章了。

与美国以及其他西方国家相比，我们的硕士学位“含金量”明显要高些。这种差异有历史的原因，也有教育结构的原因。1970 年代末恢复研究生教育时，硕士研究生的定位具有很大的学术偏向。按照当时的官方文件，“高等学校和科学研究机构招收硕士生，是为社会主义现代化建设在本门学科上掌握坚实的基础理论和系统的专门知识，具有从事科学研究、教学工作或独立担负专门技术工作的能力的又红又专的高级专门人才。”（《中国教育年鉴》[1949-1981]，页 630）1978 全国录取研究生 10,708 名，后来连续三年由于生源不足而未完成招生计划，到 1982 年，才上升至万人有余（同前书，页 629）。法学方面，直到 1994 年，国务院学位委员会就设置法律专业硕士（注意：并非法学硕士）提出的意见中还告诉我们，“据统计，目前我国每年只能培养出约 300 名法学硕士，供需的差距显然巨大。”（全国法律硕士专业学位指导委员会秘书处：《中国法律硕士专业学位教育的实践与探索》，页 11）这样的招生规模，跟当时高等院校急需人才的情况相对照，形成了研究生教育理所当然的学术特质。

不消说，现在的情况真正是今非昔比了，我看到网上一则消息，单人民大学一校 2006 年度的研究生招生规模就将达到 2,900 人，全国数量恐怕要超过 30 万了。在校生已达百万之众的硕士生已经令人惊叹硕士教育正在经历“大跃进”。一方面，大学教师紧缺的情况已经不存在了，另一方面，博士招生规模也在不断扩大，这种双重挤压必然导致硕士学位的贬值。于是就有了缩短学制、“宽口径”、淡化专业等等举措。

但是，问题在于，所有这些“成就”是在一种相当混乱的状况下出现的，其间不同的教育种类之间根本就没有合理的论证和整合。以法学为例，在有了实务指向的法律硕士之后，我们是否还要如此大规模地扩张法学硕士的招生数量？如果两者之间在培养目标上已经无

甚差异，为什么我们还需要这样的叠床架屋、花开两枝？还有，不同院校之间在法学硕士的培养模式方面是否应该有所差异？

整体缺乏整合导致了法律教育的混乱局面，长此以往，这种混乱不仅会降低法律教育的品质，而且也将对法律职业和法律制度的建设带来持久的创伤。现在，已经到了法律教育者奋力自救的时候了。在我个人看来，至少像北大这样的学校，必须努力保持法学硕士严格的学术标准，使之成为法学博士的基本来源。为达到这样的目的，需要在招生规模、入学考试、课程设置、教学方法、论文标准、答辩要求等各个环节上作合理的制度设计，提高法学硕士的成才率。

至于薛涌先生提到的“美国的大学，很少在本科有什么法学专业”，其实不是很少，是根本没有。因为在美国的教育结构中，法学院是一种职业教育机构（Professional

Schools），加之理解法学知识所需要的社会阅历和人文社会科学知识基础，美国模式是索性让法学变成一个后本科专业，只招收已经具有一个学士学位——不少人已经获得了某个学科博士——的人们来读法学专业，相应的，三年制法学院的毕业文凭称之为 J.D.（法律博士）。这种学位的持有者构成了美国法律职业的主体。值得特别提出的是，法律教育对于法律职业者的思维方式影响极大，可以说是法律制度的重要造型因素，一国的法律制度的统一在很大程度上要依赖于法律职业者所受教育的平衡。我们观察一些法治国家，无论是英美法系，还是大陆法系，从事法律实务的人们出身背景大抵上是一致的，美国是 J.D.，德国、法国以及日本则是法学本科毕业生（当然要经过司法考试以及随后的学徒研修期）。因此，我们这里未来法律人所受教育的项目品类驳杂，学制长短不齐，直接损害了司法实践中司法解释的统一性，加剧了司法判决的不可预期性。其实，薛先生的指向不应该仅仅局限在硕士生的层面上，我们必须考虑整个法律教育体制的整合问题。如果把硕士学位淡化，变成一年制无导师的“老流氓”，那么就应该考虑接着把本科阶段的法学专业也顺势取消，在后本科阶段设置三年制的法学院，培养实务人才。至于培养学术人才的主要途径，再设置一种招生数量甚少的法律科学博士。不过，这样一来，我们的制度就完全美国化了。美国化当然也不是坏事，现在日本以及韩国也在转向美国模式。但重要的是，我们不能同时采纳欧陆和美国模式，两边的好处都想兼得，那样的结果反而是在非驴非马中迷失自己。好像钱锺书先生引用的那个宋代习语，“半间不架”，两边的板凳都想坐，最终却掉到地上了。

上传时间： 2005/10/29 文章来源：法律思想网

网友评论发表评论>>只显示最新 10 条。评论内容只代表网友观点，与本站立场无关！

『gpx』于 2006-4-28 16:56:00 发表评论：

法科教育体制改革是一个系统的工程，对积病以久的中国法科教育体制进行改革，仅对其中若干环节进行修补手术是无法达到整个肌体协调的。

『christu』于 2005-12-31 16:19:00 发表评论：

前年您在中南财经政法大学给法官班布道，当时我正好在读法律硕士，有幸与您交谈，使我悟出点道理。现在作为一名从法院辞职来北京做律师的法官，信念牵引使我作此职业的选择反而增添更多的惶惑。司法考试和法律硕士的教育使我们从法院和检察院辞职的频率增大。“功利主义”或所谓“人生之理想状态”云云都是不恰当的理由？无奈之余，带着法律人的一点点残存的理想，只想在法律人所走的道路上能明理一点而无憾足已，由此信念倍增许多责任和紧迫感。然而与身负北大教授之名的您相比责任与压力是否会轻一点，我想，这只有您本人最为明白。

我一直不喜欢用文字的方式表达思想，苏格拉底到死未留下文字记录，只是柏拉图将其身前所说整理成文字，而孔子也是在四十一岁才著第一本书，他认为四十而不惑，对道理未明妄下断语是有害的；维特根斯坦一直怀疑语言文字是否能真正表达真意。我也认为语言在一个主体进行宏观叙事状态下并不能离真理更近，某种程度上表达了更多的虚妄。因此我总想用主体间交谈方式表达思想，但这种可能性在信息社会逐步变得困难。因此，到北京寻求智慧，找到互动感受灵魂的主体，也是我们所希求的。我所理解的法律思想共同体的意义所在。tuzhaohui668@yahoo.com.cn

『凌』于 2005-12-24 20:05:00 发表评论：

在当前的经济环境中，法律作为经济秩序的一种反映，必然会受到经济发展状况的影响. 表现在法学分科上法学硕士与法律硕士在一定层面上的矛盾，两者作用上的混淆仅仅是人为意愿造成的. 目前，法律的普及层次并未达到需要明确设置两者的程度，只是为了实用性和学术性的立杆见影才出现了目前的窘境. 只有经济发展到了这种分科所适应的程度，两者的矛盾将不再存在.

『gfsjdjf』于 2005-11-24 16:20:00 发表评论：

减少法学硕士招生，让法学本科学生也可参加法律硕士考试。

『dongdong82719』于 2005-11-14 16:53:00 发表评论：

如果法学硕士的发展方向是培养学术精英.那么想做实务的法学本科生何去何从.是继续考研呢,还是本科毕业后就去做实务.

如果选择前者,即便考上研究生,也得不到他们想要的职业培训.最后可能是理论不精,实务不懂.找工作或是继续深造都很难如愿.

如果选择后者.他们必须与法律硕士竞争.法律硕士学历比他们高,且有其他专业背景,本科生很难与他们竞争.

『海涯客』于 2005-11-12 10:44:00 发表评论：

其实我个人更认为，本科应该上五年。前两年学习文史哲等学科，打好基础，后三年集中学习法学知识！这样可能会更好！

或许有人会说，这不是有点“美国味”，我说是的。为什么不呢？

我先说我的理由：

首先，我们的法学教育是直接从高中选拔出来的。但是我们的大学前教育给了我们多少“真正的知识”呢？我们曾经读过几本经典著作呢？思考多少”真正的问题”呢？我想我们大部分的学生回答是，我们学会了考试。这是多么荒谬啊！但这有难道不是事实吗？而我们大家都知道，法学是一个实践性很强的学科，他需要很多知识来支撑。那么在学法学之前，我们很明显没有掌握这些知识，所以，我的观点是一，二年级努力学习文史哲等学科，为法学学习打好一个基础，三四年级专攻法学学习，五年级分化。

其次，法学院普遍存在一种情况，就是我们大家大多喜欢读的是文学啊，历史啊，哲学啊，甚至有些是社会学，人类学，经济学，但是一直没有敢碰法学（不是我们不想读），这是为什么呢？我认为，这就是我上面说的，因为我们意识到了我们以前什么也没学到，所以我们现在必须“补课”啊。那么面对此中情况，我们怎么会去先读法学书籍呢（而且我们大家在读法学经典书时，肯定会遇到读不懂。为什么呢？应该静下心来想想）

第三，对于法学的认识，应该是各方位的。马克思也说过“对于法学要全景式的认识”！

『乌鸦』于 2005-11-11 23:25:00 发表评论：

作为一名大三法律系的本科生，我想说的是，法学本科教育同高考也是息息相关的。

我高中毕业于北京一所历史比较悠久的重点高中，最后算我在内全班有 8 个人到了各个大学的法律系，而全班总共才有 45 人。

这 8 个人之中，有一名北大，两名人大，一名北外，一名西政，两名首经贸，而鄙人是在首都师范大学。由此观之，法律作为当下的一门显学，在高考考生中会受到极大的关注，因此人数众多的同时也就导致 4 年之后考取研究生的人数大大增加，但是否这些人包括我在内都有继续钻研理论的潜质呢？

我想答案是否定的，其实本人从初中起就比较爱好哲学，但受家庭及社会的影响，还是考上了法学的本科，而且努力方向并不是学术领域，而是希望毕业后尽快通过“司考”，或进法院，或进事务所，从事实务，目的是为了挣钱。

所以我的建议是对于法学教育，应当在本科阶段读 5 年，其中前三年学习基础理论，后两年分为两种，一套模式是为了社会培养实务人才，一套是为将来的理论深造提供候选力量。而且在上到大五的时候可以参加司法考试。

欢迎探讨

『过路人』于 2005-11-6 0:10:00 发表评论：

我觉得法学的本科段教育可以由四年制改成五年或六年制，以增强实务方面的训练。愿

意做学术的可以直接攻读博士学位。法律硕士学位和法学硕士则可取消了，为什么呢，说穿了中国的法律硕士学位不过是个某专业的学士学位和一个不太成功的法学学士简单相加而已，实乃怪胎，至于法学硕士吗，一是研究能力还欠佳，二是实不能满足国人对学位的虚荣心。

『王仁俊』于 2005-11-2 12:12:00 发表评论：

我觉得中国法学教育现状是造成许多法律问题的原因。之所以我国司法系统的工作人员、法律工作者的素质不高。很大一方面在于此。如果按此下去，中国在法治方面不会得到实质性的改变。国家法治提高靠人的法律素养的提高，人素质的提高靠教育。这是世人公认的公理。而目前的法学本科教育只是处在一个普法的阶段，法学本科生只是了解法，并不理解法，现在的法科生出去能干什么呢？随着中国经济的发展，现在的法学教育模式必将不适应中国的发展。而我个人的观点是赞同美式法学教育的模式，这也是我的结论。

『忽悠』于 2005-11-1 18:01:00 发表评论：

中国需要的是做好法学本科教育

真正的做好

从孙志刚事件看中国法治发展

by 贺卫方

贺卫方按：2003 年 6 月 6 日，应人民网“强国论坛”的邀请，我就孙志刚事件与网友作了两个小时的对话，结束后，强国论坛的主持人又把记录稿发过来，让我有机会作一些字句上的校正。网名为“福建思宁”的一位网友于 6 月 11 日在强国论坛上发表一个帖子，对于我的发言中的一些表达不确切和讹误提出了批评，“法律思想网”主持人沈浪先生又细心地校读一遍，提出了不少修改意见。我很感念他们的好意，也根据他们的批评作了若干修改。沈浪先生提出的几个专业问题我暂时无力深入讨论，就把它们用注释的方式标出，希望以后有机会研究。最后，我要感谢单成彪、李晓明先生的热情邀请和精益求精的工作精神。

[贺卫方]

各位网友大家好！我非常高兴能够有这样一个机会到强国论坛与这里的网友就孙志刚事件跟大家进行一些交流。近日来，孙志刚事件已经引发了全国乃至全世界的广泛关注，它虽然只是一个个人的遭遇，但是却折射出中国法制建设中的许许多多的问题——从社会治安一直到中国的宪法发展以及宪政建设。所以，有必要进行更充分和更深入的讨论。强国论坛提供了讨论这样一个问题的平台，这是非常难能可贵的。这几天，我也经常到这个论坛看看网

友们的各种议论，甚至我还看到了我的一些文章被一些网友转贴在这里，有一位叫财经评论员的朋友还对我的文章提出过批评，这都是让我感到非常好的事情。第一次来做客，本来是一件令人高兴事情，但是很不幸的是我们第一次要讨论的就是一桩令人愤怒的事件。孙志刚这样一个刚刚 27 岁的年轻人由于执法部门的违法行径而死于非命，一个年轻的生命从这个世界永远消失了，这的确是让人感到很气愤的一件事情。

不过，在讨论之前，我还是有一些话想提前跟网友说一下。首先是我只是一个学者，平常生活的范围就是教室、校园、书房，对国家的法治建设当然是非常关注的，但是这种关注毕竟只是从一个学者的角度关注。我自己非常倡导理性和建设性的一种态度，中国的法治建设走到了今天，看起来仍然存在着许多问题和困难，它们的解决要通过一种更加具有建设性的态度加以解决的。所以尽管这个案件非常的令人愤怒，我还是希望网友们能够更多地从制度建设的角度提出一些问题，我们一起尽可能通过这种独特的交流争取对于今后制度的发展有所贡献。

第二点要说的是，因为网上的交流，网友们来自可以说五湖四海甚至五洲四海，来自各行各业，有许多问题可能超出我的专业的范围，我没有能力回答；由于参与的网友多，问题也多，网络讨论难以避免的一个缺陷是，只能回答一小部分问题，绝大多数干脆来不及回答。不过对于大家提问的所有问题我都会留心的，待到今天交流结束，我会在回去后再看一下大家提出的问题，并尽可能深入地思考一下。当然，最好的办法是我在这儿注册一个马夹，跟网友们进行延伸讨论和交流，不过，如果回答问题就难免暴露身分，马甲就穿不成了，所以我在一些网站发言就干脆用真名。这样虽然符合清华大学李希光教授最近的一个主张，就是网络发言实名制，不过，用网名讨论的那种仿佛参加假面舞会的乐趣却也丧失掉了。坦率地说，李希光教授的那个主张是我很不赞成的。好吧，接下来我们可以回答来自网友的提问。

[15:18]

[一只小猪哼哼哼]:请问贺教授：广东方面将孙志刚案一个案件同时放在二级共三家法院同时开庭审理，您认为这种方式合理吗？

[15:19]

[贺卫方]:一个“情节”比较复杂的案件是否应当在一个法庭同时审理，取决于各种各样不同的因素，尤其是这个案件的性质和同时审理是否更有助于查清案件的事实和节省司法资源，我并不了解这个案件本身的一种具体的事实的状态。（注释一）很明显，这样的违法行为，既有发生在派出所里的，也有发生在收容站里面的以及医疗站里面的。那么，当然合理的一种安排是放在一个法庭同时审理，而三家法院分别审理可能会涉及到司法标准的一些差异。如果孙志刚案的有关事实情况是有关联的，如果不同法庭中最后所认定的事实情况相互冲突，那势必会损害司法的尊严；如果相互之间完全一致，又会让人感觉到像是事先安排好的。当然，大家现在都非常关注正在进行的这样一场审判过程，它是否能够公正，法院是否能够独立，是否能够使真正犯罪的人受到应有的惩罚，而没有犯罪的人不被冤枉，这样的关注能够在各种媒体中表达出来我觉得非常重要。据我所知，昨天有许许多多的媒体都到了审判的现场，有些媒体做了相关的报道。当然，如果一审审判有问题的话，还可以上诉，我们还可以期待有第二次的审理过程。

[15:19]

[翥山]:如何看待中国法制环境日益趋好和新闻媒体充分介入报道的关系呢？ [15:20]

[贺卫方]:的确，中国的法制建设在过去的十多年间，已经朝向一个正确的路向在迈进。法官的素质在不断的提高，司法越来越趋向于独立的办理案件。在这个过程中，新闻媒介可以说起到了非常重要的作用。媒体不断地呼吁公正司法的重要性，媒体不断地报道一些司法不公正的案例，对于司法的一些不合理的表现提出严厉的批评，这些都在相当大程度上推动了我国司法的一些改革和司法的进步。不过我们同时也要看到，在某些特定的情况下，也发生了一些司法受到媒体的不正当干预的情况，媒体一方面要监督司法，另外一方面要尊重司法的独立性，我们国家不允许出现比如说报纸审判或者说电视审判这样的情况。但是我们看到有一些案件，由于媒体的过度介入，提前发布了许多带有明显倾向性的评论或者观点，导致案件的审理没有办法做到公正，这是现在亟待解决的一个严重问题。（注释二）

[15:21]

[辛苦了]:为什么很多法律的实施细则与该法律本身的宗旨发生了一定的扭曲？ [15:21]

[贺卫方]：这是一个非常好的问题，法律在任何一个社会中间都经常会发生在执行的过程中间违反了、扭曲了立法者本意的情况。有时候这样一种改变也许是正当的或正常的，制定出来的法律条文跟实际的法律规则之间有一定的差距，也许并不见得都是坏事。问题在于不能够完全走向矛盾，走向反面。收容遣送办法可能就是这方面突出的例证。大家知道在 1982 年制定这部行政规章的时候，制定者明显是要设立一种社会救助措施，也就是说城市里面的那些流浪者们，或者说其他的来自于外地的非城市地区的人们，到了城市里面由于种种原因，生计不能得到保障，这时候我们提供一种救助，让他们有地方吃，有地方住，回家的时候，没钱买车票，政府可以给他们提供援助，这就是规章制定本身的初衷。但是令人遗撼的是，这个规章在执行过程中间越来越走向背离其初衷的方向。比如说，越来越变成一个不是自由出入的地方，本来你的生活没有保障，你自己愿意进去就进去，不愿意去谁也不能够强迫你。那不是一个治安的规则，而是一个救助的规则。但是我们看到，现在绝大多数人并不是主动进去的，而是被迫进去的，也就是说完全变成了以维护社会治安为目的而设立和运行的机构。为了社会治安而限制自由，在我们国家只有根据《刑法》、《刑事诉讼法》需要对于犯罪加以制裁的时候，才可以施加刑事性的人身自由限制。其他限制人身自由的措施，也必须符合其他法律的规定。

任何在法律既有规定之外，另定规则限制人身自由都可以说构成了违反宪法和超越刑事诉讼法的行为。按照 2000 年《中华人民共和国立法法》的规定，任何涉及限制人身自由的强制措施和处罚的规则，都必须通过全国人大或其常委会通过制定法律的方式加以规范（第 8 条第 5 款）。时至今日，立法法已经生效三年了，现实生活中依然存在着各种各样的限制人身自由的行政规章，这是很不正常的。这就是为什么我们要提起一个郑重的建议书，要求全国人大常委会审查收容遣送办法的合宪性问题的原因。实际上，如果违宪审查程序能够启动的话，我希望人大常委会不仅仅就事论事地审查收容遣送办法一个行政规章，而且也要以此为契机，对于各种行政法规作一揽子的清理和审查。

[15:22]

[理论创新二代]:抓得对不对，错在何处？ [15:22]

[贺卫方]:当然抓得不对，错在即使依据广东省人大通过的条例，一个人如果他没有带相关身份证件，但是他后来提供了证件，就不属于应当收容的范围，必须加以释放。但是孙志刚提供了证件之后仍然被关押，甚至直接导致被殴打致死的情况，这种收容本身就是一种严重的违法行为。说到以往有无先例，其实我们看到的一个非常严重的问题是，这几年几乎每年都有媒体报道广东的收容站把不该收容的人收容，导致严重后果的事例。在 2002 年 3 月 25 号，也许是这个日期的，中国青年报有一个记者评论了发生在广州收容站的一起严重事件，也是一个人被殴打致死。当时因为广东省人大刚刚颁布了新的一个地方法规《广东省收容遣送管理规定》，中国青年报的这位记者在文章里说，从 4 月 1 日广东省的这个规定生效之后再也不会发生这样的事件了。但是，这项地方立法真的好像是一个“愚人节玩笑”，它完全没有禁绝悲剧事件的发生。

[15:23]

[小民百姓]:中国人口太多必须加强户籍管理？ [15:24]

[贺卫方]:户籍管理的目的是什么？我想在传统的封建社会里边，我们户籍管理非常重要的目的就是税收，就是要保证国家的税收得以完成，把每个人都固定在一个特定的区域里边，强化对他们的管理，税收就好办了。今天当然也需要有某种户籍管理，但是这种管理的目的是什么？在管理的过程中如何保障人的自由，这种自由当然包括这个国家的公民在自己的国土上自由流动的权利。我们的宪法中还没有规定迁徙自由的权利，但是 1954 年宪法曾经规定了这样的权利。（注释三）迁徙自由是一个公民的非常基本的权利，我认为现行宪法如果修改完善的话，迁徙自由是需要加以规定的。

另外一方面，从发展市场经济的角度来说，我们都知道市场经济的发展离不开人的流动，也就是说劳动力需要自由流动，这种流动打破地区垄断，增强地域竞争和经济活力，这是推动市场经济发展繁荣的非常重要的前提条件。所以，我不赞成一味的把户籍制度当做限制人的自由的一种制度。我们完全可以设计另外一种户籍制度，这种户籍制度是一种更加尊重人的自由的户籍制度，也就是说广泛地允许人的流动性。户籍基本上只起到登记的一种意义，而不带有一种非常严厉的审查，甚至通过区分证书的不同形式来造成一种人与人之间在法律面前的不平等，这既违反市场经济的要求，同时又是违反人性和不道德的。

[15:25]

[老辛]:贺教授，从孙案被领导批示才得以调查来看，我国法治的总体状况是否还远没有达到“有法必依、违法必究”的基本要求？

[15:26]

[贺卫方]:非常感谢老辛，你的客座主持让我们的交流能够得以保障。你提出了一个非常重大的问题。我过去也曾经想写一篇文章，题目就叫“批示治国”，但是最后还是没有写出来。当我们的领导人知道某些事件，非常气愤，用批示要求依法审理相关的案件，这样做的

动机应当说是好的。实际上，我们这个国家有着悠久的批示治国的传统，我们都记得过去的历史的书里面说秦始皇就属于那种彻夜不眠地批示来自各地的报告，可以说是日理万机。但是，如果一个国家、一个社会的治理完全依赖于领导的批示，那么领导的精力再旺盛，他再夜以继日，通宵达旦地披阅，又能够作几个批示？所以，靠批示是没有办法保证一个国家的事情都能办好的，而且这基本上还是人治的思路。法治要解决的问题是社会中出现的任何事情都有着统一的平衡的规则来加以约束，都有着独立的法律规则加以判断和处罚。这是法治跟人治的相当不同的地方。另外，领导批示也会带来某些负面作用，我们的现在的政府官员任免机制带来的基本心态还是一种比较唯上的模式，也就是说往往官员最看重的是上级领导对他们的看法，所以批示在这个国家里是最强有力的，对于下级官员的一种震慑！有了这种震慑有可能带来事情的迅速解决，但有时候也会使得案件的解决超出法律的范围，不顾及法律的程序，留下更大的后遗症。当然，我们需要具体问题具体分析，不能很简单地对这个问题进行一般性的判断。但是，很明显，在走向法治的过程之中，我们需要重新反思这样一种批示给社会管理带来的效果。

[15:33]

[唠唠叨叨为国家]:在中国警察是负责执法的，但从以往看警察似乎置身法外，孙志刚案会不会促进这方面的改革？

[15:34]

[贺卫方]:本案中警察涉嫌以违法的方式执行一部法律，问题是非常明显的。我知道本次审判也有几位警察成为被告，一些警察部门的首长受到政纪处分。所以，说目前的情况仍然表明警察置身于法外可能不甚准确。但是，警察权力如何有效地加以限制的确是我们面临的大问题。我们都知道警察是维护社会秩序的非常重要的一种力量，同时它也是一种武装力量。我们可以说这是一种双刃剑，利用得好，可以保障社会治安同时也保障人民的权利，但是运用的不好，如果缺乏法律的严格限制，他就可以成为损害人民的利益，侵犯人民的权利的一支力量。一个社会的民主和法制的建设程度，可以说是跟警察的权力受到限制的程度成正比的，也就是说，越是民主、越是法治的国家，警察的权力就越是受到非常严格的限制。事实上这也是我们国家所倡导的依法治国，依法行政的一个非常重要的内容。我记得好像是列宁讲过这样的话：什么是专制？专制就是警察的无法无天和人民的普遍无权。这句话讲得非常好。我们要使这个社会的人民自由能够得到严格的保障，能够使得社会的秩序得到良好的保障，那么限制警察的权力是非常重要的。有人常常担心说警察的权力如果受到了严格限制，让他们动辄得咎，是否意味着我们的社会没有办法维护社会治安，或者说警察的权威性、警察的尊严会受到损害。但事实上，我们看到社会秩序维护良好的国家，都是警察权受到严格限制的地方，同时警察之所以能够有效地维护社会的秩序也是跟警察具有尊严有关系。而如果警察经常被认为是所谓的恶警，像现在我看到网上经常看到有人提出警察是恶警的说法，我们说如果警察的形象每况愈下，我们又如何说警察是一个受人尊重的职业。这个方面的改革，恐怕只能够是通过一种渐进的、逐渐限制权利的这样一种方式，来使得我们警察的行为逐渐纳入法制轨道之中，严格执行《警察法》以及《刑事诉讼法》，对于警察在管理社会、侦查案件过程中行使权力的状况进行更加严厉的监督，都有助于警察形象的提高和社会秩序的改善。

[15:36]

[黄海]:如果我们启动宪法审查机制失败，是不是还有其他办法来审查收容制度？[15:37]

[贺卫方]:我们向全国人大常委会提出的要求是两个方面，一个方面是对于孙志刚事件本身全国人大常委会应当启动宪法第 71 条所规定的特别问题调查程序，也就是说成立孙志刚事件特别调查委员会，对于孙志刚事件进行独立的、公开的和公正的调查，并且把调查的过程和结果向更广泛的社会公开，以确保孙志刚事件能够得到公正的解决。与此同时，我们提出的要求包括第二个方面，可以说从一个法律人的角度来说，是更重要的一个方面，那就是通过孙志刚事件以及对整个收容遣送制度实施情况的全面调查，对 1982 年生效的收容遣送办法这部行政法规的合宪性进行严格的审查。这样的一个要求非常的重大，可以说是涉及到中国的宪法的发展和人民代表大会制度改革的非常重大的问题。全国人大要启动这样一种程序必然涉及到种种非常复杂的因素，甚至包括一些政治性的因素。当然我们从学术研究的角度来讲，不大愿意去思考这些政治的问题，但是实际的制度操作没有办法避免政治因素的影响。我们希望能够通过这个事件以及这项法规的审查过程，使越来越多的人意识到违宪审查机制的重要性，以及没有这样的机制对于一个法治国家可能带来的严重后果。

宪法是根本大法，不是一个束之高阁，对一个国家起美化作用的法律文件。我们需要思考，如果行政机构可以制定许多规章来把宪法许诺给人民的权利轻易剥夺的话，我们的宪法尊严又从哪里去寻找呢？所以必须建立违宪审查机制，如果这个事件最终没有办法获得我们所预期的制度效果，我们今后还会不断地奔走呼号。

[15:40]

[大话中油]：有人说你领衔发起限制国家权力，是吗？

[林涛吼]：请问贺教授，你对你们的上书有何预期？ [15:42]

[贺卫方]:请允许我把这两位网友的问题一并回答。其实我并不是所谓的领衔发起人，我们五个人提起的建议书，实际上五个人都是居于同样的地位，我们中的几位更年轻的学者起的作用非常大。另外，我还参与了致最高人民检察院的一个建议书。另外在此前我们都知道有三博士的建议书。在这个过程中，法律人是冲在了前面。这也许可以表明，在走向法治的过程之中，法律人越来越清楚地意识到了他们的使命。

关于效果问题，我在上面说过，我们希望能够由此而启动国家的违宪审查机制，因此对于全国人大常委会给予厚望。我也相信那里的不少人也对于维护宪法的尊严有着强烈的愿望。不过，能否通过这一个事件就带来那样重大的效果，还是不敢奢望的。但是，可以预期的是，这起引发全国上下如此关注的事件很可能导致收容遣送办法的重大修改。

[15:44]

[直言了]:按照您的收容遣送法是“违宪”的理论，外国人在中国犯法是否还能收容和遣送回国？

[15:44]

[贺卫方]:这涉及到刑法的管辖问题，外国人在中国犯罪，我们有一整套的法律制度加以约束。有些人因为他们具有外交官的身份所以不属于中国法院的管辖，因而可能通过外交途径让他们离开中国，而不会直接由我国法院审判。当然中国的外交官在国外也具有同样的待遇。不具有外交官身份的外国人在中国的犯罪，我们的刑法以及一些双边协议中具体规定了相关的管辖规则。不过这跟我们今天讨论的收容遣送制度不是一回事。

[15:45]

[草民甲]:问一个法制教育的问题，从初中开始学校就有法律课，但总觉得对于公民法制意识的形成缺少了点什么？

[15:46]

[贺卫方]:的确非常得缺少，不只是缺少了一点。实际上我们从初中开始开设的法律课程，多数情况下不过是对法律条文的一种背诵，而缺乏对法律原理的解说。实际上，法律教育的更重要的一个课堂是国家权力的运作过程本身——它是我们邻居到法院打官司回来所谈的感受，是我们在街上遇到警察，警察对我们的和颜悦色或者恶声恶气，是我们看到国家最高权力在运行过程中对法律严格的遵循，是各级官员忠诚于宪法、像爱护眼睛一样维护宪法尊严的那种态度……这是我们每天都能遇得到的法律教育。所以法律教育的课堂应该得到更大的拓展；我们的政府官员，我们的人大代表，我们的法官，我们的检察官，我们每个普通的警察，都应当深刻地意识到自己所承担着的法治教师的角色。

[15:47]

[打死我也不说啦]:某些违宪的东西应该取消我想这是肯定的。但马上取消您认为一定会引起社会动荡吗？

[15:49]

[贺卫方]:对于这个问题，我觉得很难回答。这似乎是一个社会预测的问题，你知道法律人是不回答假设问题的。我不认为取消收容遣送办法马上会引发所谓的社会动荡，因为这个制度从设立之初的目的就是为了救助社会上的弱势群体，除非仅仅是那些乞丐们就能够引发了社会动荡，而我们都知道乞丐最多只能够给一个城市的形象带来某种负面的影响，多数情况下他们不会引发社会动荡。相反，现在的收容站里有 90％以上的人是不应该收容的，他们被不合法地侵犯了人身的自由，而且还遭受殴打、虐待和盘剥，这种对社会弱势群体采取的压制办法反而会引发广泛的怨恨和社会动荡。

[15:49]

[真正真正]:为什么要收容审查，我国这一制度建立的宪法依据是什么？ [15:51]

[贺卫方]:正是因为收容遣送制度在我们看来是违宪的，所以才提起要求全国人大来进行

合宪性审查的要求。所以，我不认为它具有宪法基础。

[15:51]

[革命形势一大大好]:为何西太后当年为小白菜案可以撤掉那么多昏官，如今广东仅仅是给几名副职小小警告处分？

[15:52]

[贺卫方]:这个问题非常好。杨乃武小白菜案是许多人耳熟能详的。我们也知道那个案件导致了浙江地方以及其他层次的许多官员丢了官职，甚至被判刑治罪。但是，那个案件毕竟是一个人治社会里面的典型案件。我们今天不可以希望以一种解气的方式来解决问题，例如，只要与事件沾边的官员都不分青红皂白地施加最严厉的处罚，让我们能平民愤，以为这样就能够使得我们社会建立良好的制度。这是不可能的。看看过去的时代里，对于贪官污吏，我们满门抄斩、株连九族，不知道杀了多少，但是，问题解决了么？一点都没有。实际上，在一个法治国家，重要的不仅仅在于犯罪得到应有的惩罚，而且使得不同地方、不同时间的犯罪都得到平衡的惩罚。我们要警惕过分地依赖民愤，追求大众快感，这样的心态和做法是相当危险的，因为很有可能导致社会中报复主义的盛行。

[15:54]

[残荷听雨]:你是否同意中国缺的不是可执行的法，而是执法的精神？ [15:55]

[贺卫方]:可执行的法是什么含义我还不是特别清楚，实际上中国的法制的整体状况中间的缺陷最大的有以下这几个方面：

第一个缺陷是不同的法律之间，尤其是法律法规与宪法之间的相互冲突，导致在执法的过程中出现严重的混乱，宪法被违反、宪法权利被侵犯的情况比比皆是。

第二个缺陷是——正如我们在收容遣送办法中所看到的那样——立法的初衷很好，但是在执行的过程之中，这样的初衷被扭曲了。有人说，错的不是立法，而是执法者。但是，我必须说，如果大规模的扭曲发生，正说明立法本身存在严重问题。

第三个缺陷在于，我们缺乏一种独立的司法体系，我们知道在一个社会中——这也是我过去在一些文章里面不断强调的一点——司法是社会正义的最后一道防线。在一个社会中间，我们不担心行政权的滥用、违法，我们担心的是当行政权违法以后，没有一个独立的权力、更公正的权力对这样的一种违法行为给予必要的和合法的处罚，使得人民的权利能够得到严格的保障。中国的司法在过去的 20 年间，已经有了一定的进步，很多的改革措施取得了一定的成效。但是，宪法中所规定的司法独立仍然没有得到应有的保障。最突出的是法院的财政和人事完全受控于地方的权利。就像本案在广东审理，我个人有时候不免有一点担心，当广东的法院的人事财政都受控于地方权力的时候，地方官员的意志就很容易渗透到司法的过程之中，带来了我们担心的——也许有不少网友也担心——的那样，可能官官相护、真正的犯罪分子不受惩罚的问题。所以对于我们来说，今后司法和法律的改革一个非常重要的内容就是追求司法的独立性，没有独立就没有公正。

[15:58]

[老辛]：法律的宗旨在于制约国家权力，因为国家权力固有的扩张性，不加以有效制约就极容易侵犯公民权利。孙案的出现，更说明了这一点。

[真难注册啊依哟]：我们的普法教育中的一个很大的缺陷是：不宣传公民的权利!!!

[15:59]

[贺卫方]:我合并回答这两个问题，实际上这两个问题恰好构成了法治的一枚硬币的两面，我们通常所说的法治就是一方面要使得所有的公共权利受到已经设定的法律规范的严格约束，任何国家机构，任何组织、团体，都必须严格遵循这些法律，尤其是宪法。法治的另外一面，就是严格的保障公民的权利和自由。也就是这位网友提到的要注重、要宣传公民的权利。其实公民权利受到侵犯，有各种各样的情况，比方说我们可能走在街上被其他的老百姓无端的打伤甚至打死，这是属于发生在人民之间的相互侵权的行为，但是更常见的情况，也可以说是更值得我们重视的一方面，那就是如何防止公共权力来侵犯人民的权利。恰好是这个方面我们做得很不够。

[16:01]

[天山三害]:你认为除了法制外，公务员的素质以及一些地方制度对孙案是否需要负责？

[16:02]

[贺卫方]:这是一个非常奇怪的现象，我们都知道广东是中国改革开放的前沿，也是经济文化最发达的区域之一。我曾经多次去过那里，那里的公务员以及法官、检察官，他们的素质整体来说要高于整个国家的平均线，这本身就提出了一个发人深省的问题。为什么经济的发达、文化的发达跟公务员的表现并不能成一种正比，为什么近年来在广州频频发生收容站里打死人，妇女在收容站里被轮奸这样的恶性的事件呢？我怀疑其中的一个原因也许是因为广东的媒体很发达，在别的地方发生的事件媒体被管死了，不能报道，媒体不报道人们怎么能够知道呢？而广东恰好是在中国的地方城市中间集中了最好的媒体的一个城市。像孙志刚事件就是广东的地方媒体，《南方都市报》率先地加以报道，因为他们的报道而使得全国人民都知道了发生在广州的这样一桩事件。是不是因为这样的一个原因呢？我个人不是特别清楚。但是有一个问题是非常明确的，那就是孙志刚事件是广东的耻辱。它败坏了广东的形象。我们希望广东在推进现代化社会的进程中能够不仅仅重视经济的发展，而且更重视法治的完善，人民权利的保障，以及公共权利的约束。另外，我们也希望，全国其他地方的媒体也能够更加直率地报道在不同地方发生的类似事件，这种揭露是有助于地方各项制度的完善的。

[16:05]

[魔鬼字典]:警察李耀辉收容孙志刚是依据了法律的（广东条例规定没暂住证收容），错不在他，应该尊重李的人权。

[16:06]

[贺卫方]:我没有全文阅读广东的地方条例，但是一位网友的文章似乎非常明确地告诉我们，依照广东省的地方法规，如果一个被收容的人，能够提供有效的证件证明他的身份，就不应该被收容。而本案的诸多的疑问中间就包括孙志刚到了派出所以后，他的朋友去看望他的时候，是否提供了有效的证件，我们看到一个在网上流传的派出所收容时登记表的影印件，上面明确地登记了孙志刚的身份号码，而且说他身上带有证件，所以这个问题在事实方面还有一些模糊不清楚的地方，让我们等待法院的判决。但是，你提出的问题隐含着的一个更重要的问题，那就是当一部法律明显地违反人权，侵犯人的尊严，警察是否有义务来遵守这个法律、执行这个法律。我想起二战以后，纽伦堡审判，人们所提出的一个很重大的问题，那就是纳粹的军官们应否因为执行希特勒的命令甚至德国国会制定的法律，这些命令和法律明确的命令他们迫害犹太人，他们是否应当受到追究？如果他们不执行军令、不行法令，他们在当时就要受到严厉的制裁，但是他们执行了这样的军令和法令，事后要审判他们，这是一个法律和法学发展历史上的一个特别重大的问题。

[16:09]

[风火轮]:82 年制定的条例，20 年了都违宪，为什么一直实施到现在？ [16:10]

[贺卫方]:我们过去在传统的社会主义学说之下，有一个最基本的假定，那就是我们的政府是代表人民的政府，我们的国家叫人民共和国，我们的报纸叫人民日报，我们的大学叫人民大学，连我们的钱都叫人民币。所以我们处处说自己代表着人民，这样的政府也好，党也好，如果它真正代表着人们的最根本利益的话，那么建设一种违宪审查机制去假定我们的政府可能经常制定一些违反宪法的法律法规，或者出现其他违宪行为，也就是说，违反人民的意志，违反作为人民意志的最高体现的宪法，这样的一种假定在过去那样的社会主义学说之中是发生不出来的，这是不可思议的。所以这是为什么过去的 20 年间，我们没有办法建立一种违宪审查机制的最根本观念原因。当然，现在的情况在发生着变化，我们甚至说不断去强调政府很可能滥用权力，侵犯人民的权利，违反人民的委托。事实上，这种情况是可能发生的而且已经发生过，这就是建立违宪审查机制的最根本基础。我希望这个观念能够逐渐得到越来越多的人的认识，同时能够建立一种违宪审查机制，以保证我们的宪法具有应有的效力。

[16:12]

[灰狼大]:贺教授，人民网上网友对孙案反映很强烈，请问您有没有偶尔到《强国论坛》来了解一下社情民意或者看看网友交战？

[16:15]

[贺卫方]:我也是一个网虫，甚至在有一个民间的网站上面担任版主，几乎每天在网上潜水到深夜。强国论坛也是我虽然不是特别经常还是偶尔会来看看的一个网站，我想从今天以后，我会经常来看大家的帖子。我特别高兴地看到，强国论坛上的网友们对于孙志刚案所表达出来的强烈的愤慨和关注。我想这中间凸显了网友们对于社会发展以及法治发展的责任心。当然，网上言论，由于它的匿名等特征，不可避免地有时带有相当强烈的情绪化的色彩。有

些观点，缺少一些必要的论证，比方说在大多数情况下，我看到的只是一个标题式的言论，里面的文字是空的。有话直说，口无遮拦，这是网络言论的特点。匿名发表壮大了发言者的胆量，但是，匿名言论也许降低了进行详细论证的动力——这好像跟知识产权的原理有点关系，署自己的真名或者固定笔名会强化言论的“所有权”意识，发文的质量也会得到注重。不过，用真名也能够带来说真话的风险，尤其是在言论自由还没有体制性保障的情况下更是如此。于是我们会看到，在某些话题的讨论中，用假名说的偏偏是真话，用真名时反而说假话，这真正是悲剧。无论如何，我希望以后能够有更多的机会来这儿跟大家交流。

[16:16]

[反反反垄断]:贺教授，假如我看到了孙志刚事件，冲上去对违反规则的警察大打出手（和平说了不听），是不是护宪大英雄？

[16:17]

[贺卫方]:天哪，你好大的胆子啊！其实我担心你这样做是否能够实现你护宪的目标。你也许注意到我们用了建议书这样的措词，向全国人大常委会提出进行特别调查的建议。我们也特别注重在建议书中就相关的程序进行法律上的仔细论证。也就是说，我们相信中国目前所出现的种种问题，不能够通过暴力来解决，也不能通过非常激烈的其他方式来加以解决，也许有的朋友会觉得这不过瘾，认为这不能够一蹴而就。但实际上，我个人越来越强烈地感到追求激烈变革的心态或者行为，往往导致社会的长久的不能变革。所以，理性和建设性是我们这个时代最重要的要求。最后，我担心你打不过这一仗，担心你被对方大打出手。

[16:18]

[直言了]:收容遣送各国都有，不能因为执法错误而否定法规本身。 [16:21]

[贺卫方]:请允许我也直言了。在法治国家虽然有收容站，但是这种收容完全取决于公民个人的自愿，而绝对不允许侵犯人的人身自由。例如乞丐，我也曾经有过到西方国家的机会，我也看到过纽约地铁站，纽约的街头上那些行乞的人，乞丐也许也是一种生活方式，他们愿意在广场上、地铁口通过要钱的方式来维持他们的生计，这并不是一个特别严重的问题，这是公民自由的一个组成部分。您似乎提过美国对于外来移民的遣送问题，我认为这是不同性质的问题，一些偷渡客没有任何合法的身份，他们是属于违法地潜入另外一个国家的。我们绝对不可以说孙志刚先生是偷渡到广州的，他是这个国家的一个公民。

[16:21]

[白了少年头]:死了人才开始上书，呼吁，早干吗去了？露了脸过后，你又能为别人做什么？

[16:24]

[贺卫方]:谢谢你的批评。的确，我们这样的呼吁也许就收容遣送制度来说，是有一些晚了。如果更多的人，更早就不断地呼吁，也许能够促成这个不合理制度的改变，但是您也知

道，一部法律中间所隐藏的弊端，人们需要有一个过程才能够逐渐的认识。如果这样的弊端不通过一些事件来显示出来，我们就没有办法了解这部法律实施的具体过程和其中的问题。事实上，在过去的十年间，我自己学术研究的重点是司法改革，我关注的问题多数情况下侧重在法院制度的变革方面，为这个领域中间的弊端的逐渐减少和解决，自己也可以说是奔走呼号。孙志刚之死是令人痛心的，因为他的死，那些殴打他的人也会受到惩罚，惩罚对于孙志刚家人而言是安慰，但是对于那些犯罪者各自的家人来说，又何尝不是一个悲剧？不管怎么说，通过这个事件，如果能够引发对于收容遣送制度的检讨，亡羊补牢，避免类似的悲剧重演，应当说是一个重要的进展。当然，如果能够促成中国的宪法制度和违宪审查机制起步，那更是一个大效果了。

[16:25]

[哲学人生]:一个小小的"黄村街派出所"的民警执法出现问题，为何一直向上追究责任到广州市公安局？

[16:28]

[贺卫方]:在这个事件中具体应当如何追究责任？我想等到司法审判结束后，我们会有一个更加清楚的认识。为什么在行政机关里边发生了严重的事件，要追究首长的责任，是跟行政机构的人际关系特点、管理制度的特点密切关联的。当然不是每个事件都会因为一个普通警察的违法而追究公安局局长的责任。不过，近年来发生在广州公安系统中的种种事件的确有一些是令人发指的，而且最令人震惊的是屡禁不止。这种情况就很自然的让人们联想到公安局的首长是否负有重大责任的问题，而公安系统恰好又是一个严格的下级服从上级的系统。这点它跟法院是很不一样的。所以，我们需要根据审判的结果，这个事件本身的性质来去追究相应人的责任，现在还有些情况不大清楚。

[16:28]

[两条腿走路]:我觉得应该根据宪法保护人民生命财产和人身自由的条款，制定保护人身自由不受侵犯的具体法律，这是目前急需的？

[16:30]

[贺卫方]:值得我们重视的是，我们的宪法并不缺乏保护人民生命财产和人身自由的条款。主要的公民权利体现两个方面：一个是政治权利，例如言论出版自由这样的权利；另外一方面，我们又享有生命和财产方面的这样的权利。如果把我国宪法的规定与外国宪法关于公民权利的规定做一个比较，我们会发现，除了罢工和迁徙自由外，其他权利并不缺乏。缺乏的是什么呢？我想我们最缺乏的一个是要好好清理一下现有的行政规章系统，我们要查一下，哪些行政规章实际上把我们宪法所承诺给我们的权利又加以剥夺了。另外一方面，由于司法的不独立，而导致了现实生活中间侵犯了我们权利的行为，尤其来自公共权力的侵权行为，没有办法得到及时的纠正和及时的惩罚。我们知道这会对于我们的法院提出一个更高的要求，对我们的司法提出更高的要求，我们的法院当然也包括我们的人民代表大会及其常委会要真正成为我们公民宪法权利的守护神。

[16:31]

[NOWAY]:我认为,应该向美国一样,立法的出发点应当假设当权弄权者,天生就是魔鬼。

[16:32]

[贺卫方]:美国国家的建立有非常特殊的历史背景，最早的北美移民都是受了气、走了人，美国可以说是造反起家的一个国家。北美 13 州的人民在建立他们国家的时候，非常清楚地知道国家是可能侵犯人民的权利的，正如英国政府在统治北美殖民地的时候，侵犯了那里的人民的权利，比如说没有征得他们的同意就收税。这在他们看来是相当严重的侵犯人权的行为。所以美国人说，我不想跟你在一个国家里，我们想自己成立一个国家，我们单独过，于是就有了美利坚合众国。我记得当时在哪儿设立首都的问题上，人们有一些不同的看法，当然，是否建立一个中央政府，大家也有不同的看法，当时一个非常强有力的主张，我们就是一个松散的邦联，不要中央政府。但是后来考虑到军事、外交等等方面的需求，最后还是成立了中央政府、联邦政府。但是，把首都建在哪儿，人们又发生了争议，绝大多数人都不愿把首都建在离自己太近的地方，最后建在华盛顿。华盛顿那个地方，冬天冷、夏天热，气候恶劣，特别不适合人类居住。有一个笑话一样的说法，说首都建在华盛顿，本身就表现了美国人对于中央政府的警惕：让那些政客们生活在一个非常恶劣的地方，就能减少他们贪权恋栈,有有助于减少官员的终身制。当然这多多多少少有一些调侃,但是值得我们的关注的是，实际上法治本身是建立在一个前提之上的，那就是政府有可能犯错误，否则一切法律都变成得没有必要。美国早期的一位哲学家说，如果每个人都是天使，连政府也没有必要存在。

[16:35]

[灰狼大]:贺教授：说句心里话，当您出面为孙志刚案大声疾呼的时候，不少网友有点为您耽心，请问您对此有过胆怯吗？

[16:38]

[贺卫方]:谢谢您和其他网友对我们的关心，我现在还没有遇到任何安全方面的问题。过去我曾经因为对于司法界的某些弊端进行非常直截了当的批评，而引起了许多人的不满。但是现在回过头看，人们越来越清楚地意识到一个社会中间如果没有学者们的独立声音，没有他们对于制度弊端的坦率的批评，我们这个社会就不可能有健全的舆论环境。我们有这样的义务，这既是作为一个人对自己同类的悲剧的本能反应，同时也是作为一个专业的学者所承担的义务。大家会注意到，我们刚才已经提到过，这个社会在一种矛盾重重的转型期中，特别需要的是一种理性的声音，一种建设性的立场。孙志刚事件显示出的一个突出的特点在于它跟我们每个人都有关联。不要以为它跟我们没有关系，今天我以教授的身份在这里，或者说另外一位朋友有一种官员的身份，以为就能够免予这种安全和人身自由上威胁，可是，孙志刚的悲剧很容易在我们身上重演。武汉不是有一位教授死在公安的车上么？文革期间更极端的例子，刘少奇贵为国家主席，这样的一个崇高身份，有宪法对他的保障，但还不是一样人身自由得不到保障么？所以我想起一位德国人讲的话。他说最初纳粹来抓某个人，因为那个人是共产党人，他想我不是共产党人，跟我没关系，他抓吧，我不说什么。后来纳粹又抓另外一个人，那个人是工会成员，我不是工会会员，跟我没有关系，我还不说话。最后他又抓了一个犹太人，我不是犹太人，我不出声，但是最后纳粹来抓我的时候，已经没有人为我

说话了。所以，这个国家是我们每一个人的，我个人并不喜欢用大段地高尚词汇，但是我们看到孙志刚那非常年轻的生命就这样从这个世界上永远消失了，中山大学的艾晓明教授写文章表达了他的痛楚和愤怒，谁能够知道孙志刚临死的时候的心境，谁能知道孙志刚家人他们承受的痛苦，最严重的问题是这个生命是无论如何也不可挽回的。我们的警察也都是人，我们警察也有自己的兄弟姐妹，当我们这样侵犯自己同胞的权利的时候，我们是否将心比心，能够想一想这些个问题。

[16:44]

[梅渊]:你的网站地址是什么？这里显示不出来，我去你的网站请教。 [16:44]

[贺卫方]:谢谢你的关心，我常上的那个网叫法律思想网，网 http://law-thinker.com/。

[16:45]

[白乌鸦妹妹]:贺教授，如果广东官方迫于压力而对孙涉案人员作出过重的处罚，这是否也违背了法律的公正性？

[16:46]

[贺卫方]:我不大清楚现在法院所承受压力的具体情况，很明显当一个案件引发了广泛的社会愤怒的时候，法院会承受巨大的压力。也许有人还记得几年前在郑州的张金柱案件，那个案件严格地依照法律，可以说不应当判死刑。但是，一个公安局的政委酒后驾车撞死一人、撞伤一人，这样的情况在媒体报道之后，引发了全国性的愤怒。法院似乎承受不住压力，最后判决了死刑。实际上，这样的判决到现在仍然是学者们批评的一个对象。所以我认为学者的独立性应当在这个时候同样体现出来，那就是说，不容许一个犯罪人因为他是警察而受到他不应有的重罚。否则，法院会承受更长久的压力。

[16:46]

[魔鬼字典]:贺教授，既然可以大力清理违反 WTO 条款的规定，为什么就不能清理违宪的法规？在中国 WTO 大过宪法？

[16:48]

[贺卫方]:在加入 WTO 的议定书中，中国政府庄严地承诺，要按照 WTO 的规则对于我们的法律进行全方位的清理，把不符合规则的法律加以废止。我没有参与具体的过程，所以不知道现在这项工作进展的情况究竟如何，很明显，在建立一个独立的法院这样的承诺方面，我们还没有很好的履行。至于宪法与 WTO 规则的关系，这涉及到国内法和条约公约等之间的关系问题。我们所加入的国际条约和公约具有跟国内法同样的效力，有些甚至有高于国内法的效力——这就是为什么我们加入某些公约后必须依照公约修改国内法的原因。所以，我们需要对宪法之下的其他的法律和法规是否与 WT0 的规则相符合，进行通盘考虑。另外，如果我们的立法机关批准了业已签署的《公民及政治权利国际公约》，那么我们的宪法本身也要进行相当规模的修改，例如罢工、迁徙自由的权利就不能付诸阙如了。

[16:49]

[爱恨无常之爱你有悔]:请问教授：孙案既然是公审，为什么庭审不准记者和市民旁听？为什么没有人负刑事责任？

[16:50]

[贺卫方]:你提出了一个很严峻的问题。近年来，最高人民法院不断地倡导公开审判，在许多地方公民仅仅出示身份证就可以旁听。法律对于不能够公开审判的案件有明确的规定，主要是三种：一种是涉及国家机密的，一种是涉及个人隐私的，另外就是未成年人案件。这三种情况之外所有的审判都应当真正的实现公开审判。人们常常把公开审判看作是一个对法院不利的事情，法院要受到更多的监督，更多的眼睛在盯着法官。但是我们没有意识到的一个事实是，这样监督本身是一种对法院很好的事情。因为法院里面很多媒体、很多人都在看着我们，这个时候外部的干预就很困难，因为外部的干预要考虑到司法的过程都是展现在公众的面前的。我们如果在这样的众目睽睽之下，公然不顾及基本的证据，作出不公正的判决。那样做我们没有办法向这么多人交代，这个时候法官就可能把这样的一种压力推到法院之外。所以你承受了监督的压力的同时，也要看到监督给我们带来得好处。我们现在有一些案件的确存在着变相的不公开的问题，也就是说表面上好像是公开的，也有些旁听的人，但是法院却对于谁能参加旁听进行严格的限制，甚至不允许新闻界作自由的报道。我认为像孙志刚这样的案件，如此多的人关注，应当给出更多的空间里，让更多的人能够进入，让更多的媒体能够进入，让媒体能够把审判的全过程在第一时间告诉关心这个案件的人们。我个人非常紧迫地想了解案件的情况，昨天晚上我在网上说，特别关注这个案件的审理过程，被告人们是否有律师为他们进行充分的和有利的辩护，法庭是否对于证据进行相互的质证，证人是否出庭了，所有这些问题都是涉及到这些案件能否得到公平公正审理的大问题。但是，遗憾的是我们看到的报道都是语焉未详。

[16:54]

[林黛玉]:今天大家都在此和贺教授讨论法治，而版主却随意删贴，这是对公民权利的侵害，也是对今天这个主题的大讽刺。

[16:56]

[贺卫方]:最近在我做版主的那个网上，也发生了网友和版主之间的争论，网友对于版主的删贴提出质疑。这是一个很复杂的问题。在怎样的情况下，版主可以行使这个权力，对什么样的问题应当采取删贴这样的严厉措施，我作为版主在这个方面多数情况下是无为而治，很少删贴。但是问题在于，的确有时候有一些问题仅仅是一种情绪性的表达。有些也超出了现行网络规则所能够容纳的范围，所以有些情况或许也需要多一些理解。最主要的，对于我来说今天是一个宝贵的机会，如果我们能够更多地深入地讨论一些问题，而不仅仅是一种情感的宣泄，我认为更符合我们今天交流的目的。

[16:58]

[林涛吼]:如果在孙案中启动国家赔偿，那就是说承认了他们犯罪是得到人民（国家）认可的。请问教授：这样理解对吗？

[17:01]

[贺卫方]:关于国家赔偿的问题，最简单的说，国家因为国家机关的公务人员违反法律给公民带来的损害，启动赔偿程序由国家来对公民进行赔偿，这并不意味着他们的犯罪是得到了国家的认可的。毋宁说，是对国家机关没有很好的管理和约束有关工作人员的一种制裁，同时这也考虑到国家对公民的责任的问题。作为一个民主的国家，政府有责任来保障人民的权利不受侵犯。所以当受侵犯以后，给予合理的赔偿，这是题中应有之意。

（注释四）[17:01]

[哲学人生]:孙父初到广州时求助过多家律师事务所，可这些律师因怕得罪公安部门无人敢接此案，这说明什么？

[17:02]

[贺卫方]:我下面回答律师的问题，我不知道本案的具体审理过程中间是否有广东地方的律师参与，如果真的如您所说，广东律师因为怕得罪公安部门而无人接案，的确是一种非常令人伤感的事情。法院因为怕得罪地方权势而不能独立的审判，律师也不敢独立地进行辩护，这样的一种情况的确说明了我们的制度中间的一些深层次的弊端。律师在刑事程序中参与不够的问题，是我们现行法制中亟待解决的一个问题。从事刑事辩护常常被认为是为坏人说话，既使是在刑事诉讼法的规则中间，我们发现从事刑事案件辩护的律师也受到过多的不合理的约束，比方说参与的时间很晚，律师在取证方面受到歧视，在会见委托人的时候受到警方监控，等等。律师在一个社会中间对于保障公民权利是非常重要的，我曾经有机会跟英国的法学家交谈，我问起在英国，律师在刑事程序中间起到怎样的作用？英国朋友说，它起的作用用一句话概括，那就是律师是一切刑事程序开始的前提条件。如果没有律师的代理，那么受到刑事追诉的当事方没有一种平衡的力量跟检察官来抗衡，法庭就会出现一边倒，在一个国家里，受到刑事指控的人，如果大规模地得不到应有的律师辩护保障，那么毫无疑问，这本身就是严重的侵犯人权的问题。

[17:07]

[鸣壁]:请问嘉宾，你们上书人大后有无受到上方的压力？ [17:08]

[贺卫方]:我们的时间已经到了，但是我还愿意就这个问题说一句话，对于学者来说，没有所谓上方，我们是一个很好的职业，我们没有上级，我们没有领导，所以没有任何来自上方的压力，我在北大法学院的同事们对于沈岿先生和我参与这项行动非常赞赏。我相信这也是符合我所服务的这所大学的一贯传统的。好，今天的交流就到这里了，我们因为还必须吃饭，这也是生存权的一部分，尽管不是我理解的那种生存权。非常感谢大家的参与，也感谢大家能够叫我圆着脸回家。再见。

[17:08]

1、沈浪按：老鹤此处若能结合《刑事诉讼法》的相关规定做一阐述，回答可能更深入一些，比如《刑事诉讼法》第二十条规定，中级人民法院管辖下列第一审刑事案件：（二）可能判处无期徒刑、死刑的普通刑事案件；其他案件由两家法院审判，是根据犯罪地的管辖原则，见《刑事诉讼法》第二十四条。老鹤主张由一家法院审判，可以以《刑事诉讼法》第二十三条作为法律依据。这条规定：上级人民法院在必要的时候，可以审判下级人民法院管辖的第一审刑事案件。根据这条规定，只需要论证上级人民法院有"必要"集中审理，就很有说服力了。事实上，老鹤下面也论述了集中审理的必要性，但是未阐名其中的法律依据和实现途径：应由上一级法院即中级人民法院以认为有必要为由，将两个下级人民法院审理的案子集中审理。

2、沈浪按：据我所知，美国和英国在对待媒体报道上立场是不一样的，丹宁法官似乎还处罚过一家媒体，但是美国是不干涉的，这两种不同立场很耐人寻味。

3、沈浪按：季卫东先生曾经建议可以通过宪法的平等原则推导出迁徙自由的权利，值得思考。

4、沈浪按：这个网友用"人民（国家）"这个表达方式，似乎是想说明，国家赔偿，用的还是人民的纳税钱，行政机关犯错，为什么要用人民的纳税钱来赔偿？这也是一个很有意思的问题。

上传时间： 2003/6/11 文章来源： 本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

当法院变成了债务人

by 贺卫方

让我们先从《法制日报》发表的一封读者来信说起。11 月 26 日发表的这封来信的写信人是河南玉龙建筑安装有限公司雇用的 10 名农民工。该公司为河南杞县法院建起了一栋综合楼，可是竣工并验收合格之后已经一年有余，"法院仍以没钱为由，拒不支付数百万元工程款，致使公司无钱为我们发工资。"这些可怜的人们"呼吁有关部门督促杞县法院尽快支付工程款，让我们早日拿到赖以活命的血汗钱"。

编辑在来信的上方还刊发了杞县法院综合楼的照片，那栋大楼造型端庄，气势雄伟，正中悬挂的国徽显示着法律的尊严。可是，这家屋宇庄严、又执行司法裁判职能的法院却欠债不还，司法违法，致使参与建楼的民工们求告无门，只好诉诸媒体，哀求有关部门督促法院快给"血汗钱"!

假如有关部门督促也不能解决问题，建筑公司以及这些民工又有怎样的办法呢？平常人们遇到这样的困难，马上会想到：欠债不还，你可以去起诉啊！可是，这一次你遇到的这个

债务人却是特殊得紧———它就是法院自己!你难道可以到杞县法院去起诉杞县法院不成?假如这家法院的法官审理这桩案件，你让他们如何判决是好?

当然，我们也可以让杞县法院回避，让杞县的上级法院——开封市中级法院——或者同级的其他基层法院审理此案，然而，且不说这样的安排增加了当事人旅途劳顿之苦，更重要的是,天下法院是一家,让任何一家法院审理涉及法院的案件,都难免让承审法院左右为难,也无法让当事人信赖其中的公正性。按照程序正义的最基本的准则，“没有人可以审理跟自己利益有关的案件”，这样的案件居然变成了无从审理的案件了。

我们可以从这起纠纷所遭遇到的困难发现我们整个司法体制上的一个重大缺陷，那就是司法裁判职能与司法行政职能的混淆。作为国家司法权的行使者，法院的事务范围只是处理案件、解决纠纷。为了实现司法公正，法院必须地位超然，在各种利益的纷争面前恪守中立。这当然需要一系列的制度保障，法官回避制度便是这类制度之一。如果当事人有正当理由怀疑法官的公正，或者法官自己发现与将要审判的案件当事人之间有某种利益的纠葛，例如他是一方公司股票的持有者，法官的回避就是严格的法定义务。事实上，中国古代的官员回避本籍，传统社会里兄弟分家析产要由舅舅出面主持，甲 A 联赛不让来自比赛球队同省的裁判主哨，关键场次甚至聘请外籍裁判执法，原因无他，正在于求得一个公平，尤其是程序上的公平。

可是，法院作为一个机构，是由许多活生生的人———法官、管理人员、辅助人员等———组成的，人的群体自然有衣食住行之需。薪俸的供给、审判办公房舍以及法官及辅助人员住宅的建设、器材的配备以及日常维护等等都需要有周密的保障。这些司法行政事务该哪个机构来负责呢？现在我们的惯常做法是绝大多数事务让法院自己负责。粗略地说，同级政府财政部门负责每年的预算和拨款，由法院自行支配这些款项。在不少地方，这类拨款的数额相当有限，迫使法院不得不打着“服务市场经济建设”的名号设法获得来自一些企业或者个人的资助———我就亲耳听到几位盖起了大楼的法院院长告诉说，建楼的经费来自于某些企业的赞助。这样一来，假如赞助企业涉及诉讼，法院又怎样做到公正呢？

不仅如此，涉及到器材购买、工程建筑甚至银行贷款等，法院必然成为一方当事人，与企业订立合同。一旦发生纠纷，例如像杞县法院那样成为债务人，对方当事人岂不是流行说法所谓“死定了”？

怎样解决这个问题呢？实际上说难也不难，那就是严格区分法院的审判事务与司法行政事务，将后者交由司法行政部门管理，法院只管审判。由司法行政部门与建筑公司签订建筑合同，行政部门不履行合同义务，建筑公司可以将之告到法庭之上，法院仍可以站在中立的立场上，作出公正之裁决。这不仅可以还当事人以正义，而且也将法院从一种时常可能发生的尴尬境地中解脱出来了。

上传时间： 2003/12/22 文章来源：南方周末

悼念普西

by 贺卫方

担任过哈佛大学校长的人注定会得到更大的身后哀荣。

这不仅是因为哈佛大学是一所比其所在国家更古老的大学，更因为这是在全球教育格局中最具影响力的大学之一，其校长的选任较之国家总统具有更挑剔的标准。他需要是一个学者，一个教育家，一个富于管理才能的人，一个具有崇高声望的人。除了这些外，还要考虑哈佛人能否接受。跟总统有法定任期限制不同，哈佛校长没有任期限制。1869 年上任的艾略特担任校长长达四十年，成为这所名校历史上最重要的校长。没有任期限制这一事实，更加大了人们在选任过程中的审慎，以及该职位担任者的尊荣。

内森 . 马什 . 普西（Nathan Marsh

Pusey），哈佛大学第二十四任校长（1953-19

71），于 2001 年 11 月 14 日在纽约逝世，享年 94 岁。世界主要媒体都报道了这一噩耗，并对普西的生平与贡献作出回顾。

普西于 1907 年出生于依阿华州的一个叫做康瑟尔布拉夫斯（Council

Bluffs）的小城。他幼年丧父，担任中学教师的母亲含辛茹苦将三个孩子抚养成人。母亲的收入菲薄给他留下难忘的印象，当后来成为院长和校长时，他总是十分注重给教师优厚的待遇。

高中毕业后，他考入哈佛，在诗人艾肯（Conrad Aiken）和著名的人文学者白璧德（

Irving Babbitt,

正是吴宓先生留学哈佛时的导师）的指导下学习。1928 年，普西以优异的成绩毕业。在简短的从事教学工作之后，他于 1931 年重返母校，从事对古典思想与文学的学习，其间曾远赴雅典，在那里的美利坚古典研究学校（American

School of Classi cal Study in

Athens）做专题研究。1937 年以希腊的民主制度为专题的论文通过答辩，普西获得博士学位。1953 年出长哈佛之前，他担任位于威斯康辛州的劳伦斯学院的院长。

当时，普西的任命出乎许多人的意料。他的前任是以“平民校长”著称的化学家科南特，已在校长任上二十年。虽然普西系哈佛校友，作为劳伦斯学院院长也颇有成绩，但其他方面

却是乏善可陈。他没有著作出版，因此不可能受聘做哈佛教授。但现在却要来做校长，难免让一些教授愤愤不平。也许是普西本人虔敬的宗教态度和当时的社会环境，尤其是麦卡锡主义的兴起成就了这位后来显示出不同凡响的能力的校长。

用中国的老话，普西可以说是受命于危难之际。当时，持激烈的反共立场的威斯康辛州参议员麦卡锡所掀起的清查共产党人的浪潮正是最凶险的时候，哈佛大学处在漩涡之中。哈佛法学院的毕业生希斯已被尼克松和麦卡锡们送进了监狱，若干哈佛教授也被指称与共产党有染，右派甚至直截了当地把哈佛说成是共产党人的庇护所。巨大的压力使普西校长感受到了学术自由以及大学独立正在受到的威胁，他义正辞严地对麦卡锡予以回击。在一次记者会上，普西告诉人们，哈佛不可能是共产党人的庇护所，因为这里的教授必须具备“

在思想和判断方面必要的独立性”。他还发表声明，指出“爱美（国）主义并非意味着强制性或拘束性的信条；它不可能这样。我们的工作是培养自由的、独立的和富于活力的头脑，这样的头脑有能力分析事物，作出判断，将事实与宣传加以区别，将真理与半拉子真理和谎言加以区别。”最终的结果当然是攻击者无功而返。

在哈佛的历史上，普西的重要功绩之一在于他将这所大学由一个精英的堡垒变成了更具多样化的大学。在他的领导下，哈佛的生源不再局限于于东北一隅；来自全国乃至世界各地的优秀人才不断地进入这所古老的校园。哈佛也向女性开放大门，注重聘任女性学者，招收女性学生。

普西更是一个长袖善舞的管理者。从 1958 年开始，他发起了目标为 8500 万美元的募捐运动。在他之前，校长们通常不屑于亲自募捐，可是普西却放得下架子。福特基金会不断地向哈佛提供资助，以至于有人戏称假如没有哈佛，福特基金会也会造一个出来。源源不断的捐款使得哈佛有能力建更多的校舍。在他的任内，校园里新建了三十栋大楼，新增建筑面积是原有建筑的一倍。教师与管理人员的收入大为改善。

在 1960 年代末，普西遭遇到任职以来前所未有的困难。学生运动以及对越战的抗议浪潮风起云涌，作为美国大学的领头羊，哈佛自然不能幸免。1969 年 4 月 9 日，由七十名激进学生组成的“争取民主社会学生会”的成员带领众多学生占据了校行政大楼，要求满足他们终止“后备军官训练队”项目以及成立“非裔美国人研究系”等要求。否则，他们就决战到底。在与学生交涉未果之后，普西只好向州警察求助。400 名警察排除阻碍，进入行政大楼，打伤 45 名学生，逮捕 200 余人。一夜之间，普西成为哈佛园中最受痛恨的人。虽然后来经过妥协，没有一个学生受处分，但此事在普西心中留下了阴影。他笃信学术自由不受干预，而学生的所作所为却以武力妨害了这种自由，这是不能容忍的。1970 年，他宣布，将于第二年辞去校长职务。这位临危受命的校长也因为危难而离开了哈佛。

将近三十年后，普西接受《哈佛报》采访，回首往事，他毫无悔意。他认为，当年与麦卡锡斗争是为了学术自由；后来调用警察驱散学生也是为了维护同样的学术自由。

上传时间： 2005/9/1 文章来源：原载《财经》2002 年 3、4 期合刊

第三课堂的风采（序文一篇）

卫方按：钱钟书先生曾戏言（大意）：写不出论文的学者就开始给别人写序，到序也写不出的时候，就题写书名。我也开始写序了，呵呵。姑妄贴之，聊博城邦中诸高人一笑。

“第三课堂”的魅力

通常是在法学楼的模拟法庭－－北大法学院的这个最大的活动空间多少有些名不副实；每年至多有一两次真正的模拟法庭在这里举行，其他时间这里就是一个会议室或报告厅。

通常是在晚上七点钟开始。这时，热闹了一天的校园开始逐渐安静下来。窗外的夜色将灯火通明的会场包裹起来，营造出一种特别适宜讨论的气息。

通常是一个很吸引人的题目，一个或几个很吸引人的人物。论题超越了教科书又与教科书有关，而且经常沟通了学术与实务，理论与实践；台上的人——有时压根儿就没有讲台，大家围坐一圈，不分彼此——阐述观点，其他人参与讨论……

近年来，在北大法学院举办的这类被称为“学术沙龙”的活动愈来愈频繁，参与的师生愈来愈踊跃，讨论的气氛愈来愈热烈。我已经记不清自己多少次参加不同类型的学术沙龙了。有时是作为主题发言人，有时是作为评论人，有几次甚至既不发言，又不评论，只是带着耳朵去倾听人们的发言和讨论。

学术沙龙之于大学教育究竟有怎样的意义呢？我们知道，一个人进入大学学习，无论是在哪个科系，总离不开在教室里听老师的课堂讲授。合理的课程设置标志着掌握一门专业知识并成为这个领域中专门人才所要迈过的一级级台阶：从大一到大四，从硕士生到博士生，循序渐进，由约到博，又由博返约，从而达到学问乃至人生的更高境界。为了实现大学教育的这个目标，教师在授课尤其是为较低年级的学生授课的时候，需要对相关课程进行系统而相对完整的解说，而不能只拣那些自己有研究或有兴趣的东西讲。所谓必修课大致上也反映了这样的教育哲学。

当然，必修课以及教师系统的讲授也会带来某些问题，其中最突出者，一是教学内容的平铺直叙，二是课堂气氛的沉闷乏味。填鸭式的教学压抑了学生的参与和思考热情，同时也让教师不把教学当作一件有乐趣的事情，反而成为驴子拉磨一般周而复始、原地打转的劳役。其实，很早的时候人们便意识到这个问题，并试图通过某种方式加以解决。例如，在“教学自由”口号下，19 世纪末到 20 世纪初，美国的一些大学曾倡导教授自由地决定其课程及内容。学生这边呢，当然也可以自主地决定他们要学的课程。然而，学生们终于发现，他们成了这种双向自由选择的牺牲品。“每位教授都有自己的兴趣，每位教授都希望获得开设自己的独特课程的地位，每位教授都开设自己的课……不管怎样，学生选课的自由变成了教授发明创造的自由；教授们对专业化的偏爱变成了学生们对课程支离破碎的怨恨。”（克尔：《大

学的功用》，页 9-10）

看来这种冲突几乎是与生俱来的。缓和它的办法也可以在课堂之外寻找。我们很容易想到号称第二课堂的图书馆。课余时间学生们在图书馆静谧的气氛里博览群书是大学的典型场景之一，也是学生以及教师充实知识、陶冶性情的最重要的场所之一。但是，图书馆里的学习仍然是单向度的，而缺乏教师与学生、学生与学生乃至教师与教师之间的相互切磋。

在这里，我们终于可以发现，能够既专题化地探讨某些问题，又具有足够的互动性，既有严肃执着的研究，又有轻松活泼的讨论，学术沙龙这个第三课堂最适合营造这样的气氛。我们看到，在那样的特殊气氛下，人们似乎能够把所有的积累和灵感都释放出来，不同观点的交锋又会碰撞出令人意想不到的思想火花，让所有的人都获得收益。许多次，当主持人不得不宣布沙龙结束时，人们总要流露出恋恋不舍的神情，激励着更多的沙龙的举办。

不仅如此，由于网络技术的发展，信息的传播变得更加便捷。到外地时，经常听到一些喜欢浏览“北大法律信息网”的朋友告诉我，他们从网上读到北大法学院的学术讲座和学术沙龙的报道，尤其是几次学术沙龙，报道之详细，几乎是全程记录，让他们仿佛亲临其境。加之学术沙龙本身也不限制校外人士参与，这样的活动连同相关报道，真正有助于大学完成其传播知识与观念于社会的使命。

在我的印象中，本书主编李富成君担任主席的那一届法学院研究生会特别热心组织各种学术沙龙，这不仅改变了从前研究生会陈旧的“官式”面孔，而且更强化了法学院的学术气息，推进了法学理论以及法律教育的发展。现在，承法律出版社支持，记载这些学术沙龙活动的《北大法治之路论坛》一书即将付梓印行，更多的读者将通过本书领略第三课堂的风采，当然是很令人欣庆的好事情。富成又索序于我，嘴上虽然推辞，但心中不免跃跃欲试，因为作为他所主持沙龙上的常客，我还是想说几句话，于是就写了这篇序。

贺卫方　2001 年 9 月 13 日

附网友回应

【一水寒】 2001-9-29 14:34:22

其实写序比写正文更难，想在序里面将正文的内容恰当的反映出来，没有很高的素养是不行的，所以我看总喜欢先看序，序写的好书可能也不会差到那里去。希望贺老师写出更多的好的序来。就这篇序来说，足以引起我对这本书的兴趣，所以很到位，看来书出来后要好好读读了，毕竟北大的学子还是很有水准的。当然也希望贺老师常来学园看看，指导指导。

【华琳】 2001-9-30 0:20:51

写序言也不尽相同，法律书籍书的序言很多，很多都是导师无原则（甚至无感情）的给学生叫好，夸学生是学界新秀；然后学生在后记中夸奖导师“渊博的学识，高洁的人品”，话虽然不错，但有没有过誉，也许彼此都清楚。有的序言是认真写出来的，还有的序言也许是导师仅仅例行公事的签上大名。序言者，preface 也。有着编辑情结的贺老师一定对这个问题有独到的看法。在这里随便写写，让您见笑了。

【贺卫方】 2001-9-30 10:57:45

华琳：用俗套但却是实事求是的见面语——久闻大名啊！很高兴能在雅典见到你。据我观察，序言——主要指请他人作序的情况——的讲求可能也是一个中国特色。西洋人的书里似乎很少这种序文。当年梁启超以及后来的唐德刚为别人作序却一发而不可收拾，居然写成独立的一本书，只好反过来再求被作序者作序的事例传为美谈。宗白华的著作请李泽厚作序，苏力的著作请赵晓力作序，则是不落俗套的作序实践。一水寒说得好，序要写得好并不容易。要有一定的身份要求，要显示出一定的学术识见，对相关著作的价值要有专家水准的把握，还要有一定的情趣和文采，甚至时代气候与个人际遇均在其中。1940 年，陈寅恪先生为陈垣《明季滇黔佛教考》作序，内曰："忆丁丑之秋，寅恪别先生于燕京，及抵长沙，而金陵瓦解。乃南驰苍梧瘴海，转徙于滇池洱海之区，亦将三岁矣。此三岁中，天下之变无穷。先生讲学著书于东北风尘之际，寅恪入城乞食于西南天地之间，南北相望，幸俱未树新意，以负如来。今先生是书刊印将毕，寅恪不获恭执校雠之役于景山北海之旁，仅远自万里海山之外，寄以序言，藉告并世之喜读是书者。谁实为之，孰令致之，岂非宗教与政治虽不同物，而终不能无所关涉之一例欤？"这样的序岂止美文而已！

可惜的是，1949 之后，陈垣教授终于树新意而负如来。为之一叹。

【一水寒】 2001-9-30 12:49:06

我一向很钦佩贺老师的学识和修养，看到贺老师如此旁征博引禁不住很是羡慕。陈寅恪先生写的序真的是"岂止美文而已"。要是我将来出本书什么的一定请贺老师给我做篇序，当然也可能贺老师没机会，因为我根本写不出什么书来。:）

【贺卫方】 2001-10-2 14:36:00

对话优于作序。

几天前版上文章显示不分自然段，读起来令人喘不过气来。现在好了，很高兴。

上传时间： 2001/9/29 文章来源：雅典学园

对电视直播庭审过程的异议

话题的引出

1998 年 7 月 11 日，中央电视台以现场直播的方式报道了北京市第一中级人民法院对一

起案件的审理过程。对于这个国家的第一电视台来说，这样的现场直播尚属首次，因此理所当然地引起了海内外媒体的极大关注。许多传媒给予高度评价，认为这是中国司法史和新闻史上的一个创举，是具有里程碑意义的事件。在此前不久，美国总统克林顿来华访问期间，中央电视台破天荒地现场直播了两国领导人的记者招待会以及克林顿总统在北京大学的演讲，紧接着同一家电视台又现场直播法庭审判，于是不少海外传媒也兴奋地把几起直播视为中国新闻界进一步开放的标志，一时间议论纷纷，赞誉有加。

其实，在我国，虽然此前电视对案件的现场直播相当罕见，然而在若干地方电视台，近年来已经开设了不少报道法庭审判的栏目，例如“电视法庭”、“法庭传真”、“现在开庭”等等。在这样的栏目里，尽管不是现场直播，然而所有的法庭场景都拍摄自真实的庭审过程，只不过由电视工作者作了一些剪辑处理，从而使整个报道更精炼，同时也把某些观众不宜的镜头加以剔除，以便更好地完成这类节目所期望达到的目标：通过电视这种最为大众化的传媒对真实法庭程序的报道，形象而直观地进行普及法律常识的工作。

尽管从事和参与这项里程碑式直播的人们具有最善良和真诚的动机，并且投入了极大的热情，然而，作为一个从事司法制度研究的学者，我感到电视直播法庭审判的复杂性似乎被人们忽视了，因此有必要对直播的利弊得失作些细致的分析和探讨。

允许，还是禁止，这是个问题

让我们拐个弯，先从美国的辛普森案的电视直播说起。

受到美国以及全球各地许多人关注的辛普森刑事审判由于电视现场直播而愈发轰动一时。一些人认为这种现场直播是相当好的做法，因为它满足了人们的知情权，通过电视的现场直播，更多的人可以对辛普森或其他人的案件以及具体的司法过程有直接的了解。同时，把法庭上发生的一起置于摄像机的镜头之前，成千上万的公众（而不仅限于法庭旁听席中的寥寥十数人或数十人）可以观看法庭的审理过程，这是对司法官员最切实的监督，个别法官的违反司法伦理甚至腐败的行为可以受到有力的抑制。

不仅如此，许多人相信，直播法庭审判也是对公民进行法律教育的过程，通过观看直播，人们不仅仅能够了解审理过程所揭示的案件事实，同时，也潜移默化地学习到了许多法律规则，养成了法律程序观念与意识，这对于法治国家的建立当然是大有裨益的。从前法国著名思想家托克维尔观察美国制度时就指出过，在美国，法律家的精神产生于法学院和法院，但逐渐地透过法学院与法院的墙壁，渗透到了整个社会，甚至及于最底层，使得全体人民都沾染了司法官的某些习性与爱好。我们可以说，当愈来愈多的人们习惯于像法律家那样思考和分析问题的时候，法治国家就是水到渠成的一种结果了。

然而，了解美国司法制度的人们都知道，在这个电视摄像机可以合法地窥测许多最隐秘场合的国家里，电视直播法庭庭审过程的做法却是极其罕见的特例。实际上，法庭是迄今为止对镁光灯排拒最严厉的一个场所。试想，通常报纸对报道法庭场景所用的图片都只能是法庭速写师提供的速写画，而不是照片（法庭之内不许拍照），电视直播就更是一桩难以实现的事情了。辛普森案刑事审判的直播是破例的举动，主要原因是这位黑人橄榄球明星实在是

闻名遐尔，电视直播可以有相当大的观众规模。同时，加利福尼亚又是通过立法使电视直播成为可能的几个州之一，当然要使可能性变成现实还必须得到当事人双方的同意以及法官本人的许可。另外，直播过程还要受到法官严格的监控和种种苛刻的限制，例如不允许陪审团成员的身影出现在屏幕中，镜头不得对准当事人的笔记，等等。即使如此，这次现场直播仍然在法律界引起了很大的争议，结果，第二次审判，即以辛普森为被告的民事审判就没有进行电视直播。

法庭程序的特殊性

既然直播有利于实现公民的知情权，有利于对司法权的监督，有利于公民法治意识的养成，面对这三个有利于，为什么美国——不止美国，许多国家都是如此——还要对电视直播施加那么多的限制，表现出那么多的忧虑呢？

司法程序的特殊性是我们首先应当注意的。一起案件的审理是主审法官与律师、检察官以及当事人、证人等细致而严谨的合作工作过程。法庭是当事人双方利益相互冲突的场所，律师们需要一丝不苟地展开自己的论证，法官需要全神贯注地对庭审过程中发生的一切作出及时而权威的回应。这里有唇枪舌剑式的激烈交锋，有层层剥笋般的细密分析，时而慷慨激昂，时而针落地而可闻。总之，这是一个与实验室中的试验或病房里的会诊相类似的过程。监督固然可以，但如果使用的方式具有干扰色彩，则势必会对法庭秩序以及相关程序带来负面影响。镁光灯刺眼的光芒，摄影师不停地走动，还有当知道自己的一言一行都会同时被成千上万公众注视所带来的心理压力或激发的“做秀欲”，都会妨害庭审过程的庄重与严谨，进而妨害案件的公正审理。

电视直播当然有助于公众了解法院和法律程序，有助于法治意识的养成。但是，说实在话，对于那些没有利害关系的人们来说，庭审过程往往并不像关于法庭的电视剧那样生动有趣。烦琐的程序，冗长的陈述，纠缠不清的细节，常常是枯燥之至。许多人或许从某些外国或香港影视片里看到生动的庭审场景，且不说文学作品本身乃是对生活的提炼，并且可以虚构一些更具戏剧性的情节，实际上我国的庭审模式与英美以及属于英国“制式”的香港庭审很不相同。后者是所谓“对抗制”模式，庭审过程的主导角色是双方律师，尤其是在有陪审团的时候，律师更是要使出浑身解数，说服作为法律外行的陪审团成员相信本方的主张是更可信的。这样，律师在法庭上的言行对一般公众便可能有更多的魅力。但是我国的模式却属法官主导型，不使用陪审团，律师和检察官都坐在自己的座位上，大多数情况下只是被动地回答法官的提问，程序更显沉闷乏味，究竟能够吸引多少人专注地在电视机前坐上四五个小时，委实是大可怀疑的。以我个人为例，虽然自己的专业是法律，尤其是对司法程序极感兴趣，在这次中央电视台直播那起案件审理的时候，我也很想从头到尾仔细看一遍，但是看了不到半个钟头，就变得难以忍受，关掉了电视。如果不能吸引很多人去观看，直播对于培养法治意识的作用还会有多大呢？

就一般社会对法官的监督而言，电视直播所能起到的作用更为有限。因为电视至多可以告诉观众法庭上发生了什么，而难以挖掘影响司法决策的各种背后的因素。例如，当一个案件实际上是由电视观众看不到的某些人（例如法院审判委员会的成员们）作出最终决定的话，直播庭审过程对于监督司法权行使又有多少意义呢？至于抑制司法腐败，直播庭审过程更是

无济于事。我们很难设想，一个法官会在电视镜头前明目张胆地违反司法伦理准则。恰恰相反，他完全可以在表面上做到无可挑剔——摄像机能够“直播”的毕竟只是表面现象。

还有，电视直播是成本相当高昂的一种活动，同时无论从哪方面说，我们都无法想象法院里的所有案件的审判都由电视直播。因此挑选哪起案件的审判直播，恐怕只能由法院来安排了。考虑到自己的社会形象，法院肯定要挑选最有把握的案件，安排最具水平的法官，从而使直播过程万无一失。可这样一来，通过直播的监督又何从谈起呢？

走向真正开放的司法程序

写到这里，似乎有些泼冷水的感觉。其实，我对最近电视等大众传媒所表现出来的开放姿态极感欣慰，同时也坚信传媒更多的“直播观念”乃是民主制度下传播实践的题中应有之义。司法权的正当行使然离不开媒体的严密监督，但是我们必须看到，当前中国司法制度存在的种种问题最根本的原因在于司法权运作过程的封闭特征。电视直播可能成为司法程序走向开放的一个表征，也完全可能成为遮蔽真实问题的幌子，因为它会产生某些误导，使一些人以为直播是最直观和最切实的监督方式，而忽略了直播根本解决不了或者根本无需直播就可以解决的许多问题。

目前，妨害司法程序真正走向开放的障碍表现在观念和具体措施两个方面。在观念上，法院和其他执法部门还存在着相当严重的衙门遗风。虽然我们的司法机关都被冠以“人民”字样，然而，人民要了解司法机关的具体运作和决策过程却是十分困难的。究其原因，许多官员的思想深处仍然是防民之念甚重，以为神秘的决策才能够成就威不可测的政府权力。人们很少意识到，在一个民主国家里，司法权是一种受托权力，它最终应当服从于人民的控制。司法过程的封闭既违反了民主原则，从而危及司法权的合法性和正当性，同时也加剧了民众对司法机关的疑虑，增大了司法权行使过程中的阻力和司法制度本身所承受的外部压力。最后的结果，司法机关在权力结构中愈来愈走向边缘化是必然的。

由于衙门传统的影响，虽然我国宪法和诉讼法都规定了公开审判原则，然而抽象的肯定不敌具体的否定；当前法院所普遍采用的一些具体措施使得公开审判原则大打折扣。例如，法院门前普遍设置武装警卫，阻挡与案件“无关”的所谓“闲人”入内。这是与公开审判原则直接相反对的。如果只是与案件有关的人员可以旁听，这还算不上公开的法庭；只有想进去的人都可以进去，才成其为审判公开。不久前，北京市第一中级人民法院宣布，公民可以持身份证件进入法院旁听审判。这项举措引起媒体高度评价，但是这也可以说是很令人难堪的一种评价，因为这家法院仅仅是履行了法律规定的义务而已。我们希望，全国的法院都应当向民众开放，设置在法院门口的警察应当被设置在门厅之内的安检设备取而代之，各审判庭的门户应当向公众（包括文字记者）敞开。

在大门开放之后，重要的措施是法院的决策过程应当与庭审过程合一。很明显，如果庭审过程是走过场，实际的决策权并非由主持庭审的法官把握，那么，不仅仅电视所能直播的只是表面现象，在法庭里旁听的人所见所闻者也是假戏真做，这样的庭审再公开，也难以成为监督司法的渠道。因此，要使旁听民众对法官的监督落到实处，就必须强化主审法官的独立决策权。

不独此也，我国法院时下所通行的两套案卷的做法更是大可质疑。所谓两套案卷是指每个案件的卷宗分“正卷”和“副卷”，前者可以向当事人公开，后者却由法院内部控制，外人无权查阅。然而，问题的关键在于，某些影响案件判决结果的因素——审判委员会中的不同意见、有权者的“指示”等等——恰恰只有副卷之中方有记录。这样，副卷的封闭便成为黑箱操作的温床，成为对司法权进行有效监督的直接障碍。我们的法院能否将两卷合为一卷，或者将副卷向当事人以及公众开放呢？

上面所述，只是公开审判的最低限度要求。这些最低限度的公开措施不去实行，一两场电视直播又何用之有？

1998 年 7 月 28 日改定

转自中评网。

对网友对我的评论的简短回应

by 贺卫方

日前，我偶然收到小未通过“乐趣网”给我的一则留言，知道海裔君的“为贺卫方一叹”，以及孤舟等的跟帖。读到海裔的一叹，我也不免一叹再叹－－能够得到大家如此关心，心中极感温暖，同时，也极感惭愧，因为不幸的是，海裔的批评实在是点到了我的痛处。

近年来，我似乎陷入了一种极其特殊的状态之中。由于这些年发表了一些有关司法改革的文字，尤其是在某些传播较广的大众传媒上发表了不少随笔、访谈等，所以就引来了不少国内高校以及司法部门的讲座邀请。一方面，自己生性随和，不愿意拒绝，另一方面，又自觉这样的工作有其社会意义，而且自己在这方面也有些特长，因此就不断地讲了下来。自 1998 年开始，我每年在北大以外的演讲都不下 30 场。今年上半年，本来为了能够静心读书，我跟法学院有司商量，校内课停一个学期。可是，出乎意外的是，这个学期里我的讲座次数可能破了单学期讲座的记录－－几乎每个礼拜都要外出一次，足迹踏遍大江南北，自己戏称 Airbus

Professor。原来的读书计划竟然完全执行不了。孔子在说“学而不思”和“思而不学”两种情况的时候，显然忽视了还有一种“讲而不思”或“讲而不学”的情况。我演讲时向来是不拿稿子的，先把要讲的内容想出个框架，上去就讲。讲的过程中也需要调动自己过去的知识积累，有时甚至有些观点是随机冒出来的，在书桌前反而想不出来。旅行中也总是要读点书，但完全没有在安静的书斋里读书的那种感觉。况且自己性好交友，好美食，好杯中物，每到一地，早有旧雨新知守株待兔，结果当然是可想而知。如此这般，真的是越来越找不到读书的感觉了，焉能不老调重弹？

我想告诉海裔和其他朋友的是，我已经清楚地知道自己的这种现状的严重性，也会想方设法地改变这种状况。

我感到困惑的问题之一是，在今天这个时代，作为一个法律学人，究竟应当怎样设定自己的角色，以怎样的方式履行自己的社会义务。我很高兴地看到，在“绿竹幽径”里，沈浪、亚西、孤星、理性诸君都对此给予了热切的关注和有益的讨论。我对自己的定位也有过变化。从前我的想法差不多是“不做无益之事，何遣有涯之生”。学外国法制史出身，跟当今的现实似乎毫无关联，很长时间，我更愿意涉猎一些与法学没有关心的东西。一会儿篆刻，一会儿读字帖，一会儿淘旧书……钱锺书、李健吾的书都把我迷得利害。而专业方面，虽然也读一些书，但却是所谓好读书不求甚解。好在在政法大学时我并不教学，因而很少感受到来自学生的挑战。

1995 年调到北大来，对于我而言是人生道路上的一个大转折。我要教法理学，教比较法学，教西方法哲学。在这些方面，我是既无学术积累，又无教学经验。只能临时抱佛脚，边干边学。与此同时，因为教学，必然要思考自己讲解的那些知识，又要面对课堂上同学的挑战，所以眼界逐渐放宽，而且不断地转向中国现实的制度建设。

正是在这个时候，我们的学术界正在突飞猛进地引进和研究西方的各种理论和学说。如萧翰所说，在９０年代的前期，我的工作重点是参与并实际翻译了一些西方的法律著作，另外又通过学术刊物的编辑，为法学的发展作出了一点贡献。不过，没有参与过翻译或编辑工作的朋友也许不一定了解，对于一个学者来说，这两种工作都有一定的代价。人们也许会以为翻译者对所译作品有最精湛的理解，其实呢，更多的时候，译者却是一个见木不见林的角色。虽然他需要对原著的思想以及知识背景有相当的把握，但一旦进入翻译过程之后，基本的重点却是如何将字句中的含义精确地用中文加以表达。这个时候，译者就要经常面临严复所谓“一名之立，踌躇旬月”的状态。记得在翻译伯尔曼的《法律与革命》时，涉及西方法律传统的神学背景以及教皇国家结构中的各种层级官衔的翻译时，困难简直是大得可怕。由于有过这样的经历，因此我对那些青灯黄卷地从事翻译工作的人们——如严群、何兆武、苗力田等先生——心中充满了敬意。自己近来翻译工作做的少了，但是，还是很乐于从事翻译的组织和策划工作。我坚信，这样的工作对于我们的法律教育、研究以及法律制度建设都是很有价值的事情。

编辑方面，说老实话，虽然我现在担任着《中外法学》的主编，这份刊物自我主持以后也的确发生了较大变化，但是扪心自问，我对编辑工作已经不像当年从事《比较法研究》编辑工作时那么激情十足了。这里大概有年龄的因素。另外，当年自己编刊物几乎像个体户一般，编校印发，样样都管。通过自己的劳动，眼看着一堆似乎杂乱无章的手稿成为一本赏心悦目、散发着油墨芳香的刊物，心中的那种满足感真正是非亲历者难以想见。那一段时间对编辑以及出版真是着了迷，一些名编辑、名报人的传记，出版史料，相关规范，都不断地买来阅读，并不断的追求学术的规范化。现在编《中外法学》，自己要轻松的多，编辑部有几位十分称职的专职编辑，加上若干法学院在学术上风头正劲的年轻学者做编辑，我这个主编就真的是只管“大政方针”了。当然，这份刊物在许多方面还是能够显露出我的一些“编辑观”的，例如论文不限篇幅，文章的分类，注释体例，等等。

在学术研究方面，我要老实承认，自己并不是一个多产的学者。这种产出少的状况，并非自近一两年开始。自 1985 年任教迄今 16 年的时间里，我所发表的论文总数也不过 20 篇

上下。虽然出版过几本文集，但体系化的学术专著却是一本也没有。我的一些同事也经常好心地劝我，应该下点功夫，写上一两本专著，可是自己总提不起兴致来。为什么一定要写专著呢？对于我而言，这真是个问题。虽然对专著兴味索然，但写起豆腐块文字来，却是兴味盎然。从 1986 年起，自己就经常写些一千多字的文章发表。尤其是 90 年代以来，写得更多了。以“慕槐”为笔名在《法学研究》上写了不少学术随笔作为“补白”，同时又在当时任教的中国政法大学校刊上写了不少“人文札记”，主持《比较法研究》时每一期都写一篇“编后小记”。97 年起，一直到今天，在《工人日报》、《南方周末》、《法制日报》、《中国青年报》、《人民法院报》等报纸上发表的东西可以说是有增无减。

在这些随笔、杂文以及报章访谈里，自认为还是有一种追求的。一方面，要对包括法治在内的社会事务进行直率的评论，尽到作为学者的责任，另一方面，又追求对相关问题作出具有学术水准的解读。尤其是当一些特别容易走向情绪化的问题上，自己力求以法律人的理性精神作出分析，在这个过程中，使法治和民主的一些基本道理得以传播。

回顾自己这些年来在学术研究以及非学术文字中的种种论述，大致上说，主要在下列问题上做了一些有新意的阐述：

（1）

在法治的理论上，通过“法律职业共同体”的中介，力图沟通法治和人治这两种传统观点认为不可调和的治理模式；

（2） 寻找法律决策可依赖性的知识和制度基础；

（3）

揭示中国古典治理模式中难以建立法律之治的各种原因（当然也探索其中于今日制度建设有价值的方面）；

（4）

对司法独立的必要性进行另一个视角的论证，从而避免把它作为纯粹价值追求所带来的理论和实践困难；

（5） 更细致地刻画描述中国司法制度建构中的种种问题，并注重从建设性的角度对改革方案的论证。

许多人知道我，跟我的那篇引起较大反响的“复转军人进法院”有关，因而总觉得这是一个壮怀激烈的人。其实这是一种误会。虽然我立志不说任何违心之言，但由于对中国法治建设的基本探索取的是一种知识角度的进路，因此所作分析更多的是平和、理性和建设性的。例如，对古典中国之所以无法形成良好法治的原因，我最不能接受的是所谓封建统治阶级意志决定的论说；除了社会结构的原因外，我更多地从科举取士导致的种种制度后果作出分析。例如，官员知识结构与知识类型对其决策带来的影响，他们所使用的语言能否包容或产生出严格的法律推理和决策的确定性，法庭的结构安排对决策模式的影响，等等。我相信，这样

的解说更有助于展示历史的真实，与此同时，也对今天我们的制度建设具有更多的启发意义。今后，自己还将沿着这条道路走下去。

至于海裔君所提出的学术与政治的问题，如果我们不在一个宽泛的意义上（如韦伯在《学术与政治》三联版页 54 所说）理解政治的话，我实在是跟政治没有多大关系。既非为政治而生存，亦非靠政治而生存。

最后，我要谈谈教学问题了。自从到北大以来，除了出国一段时间外，我的教学每年都获得过较好评价。原谅我“王婆卖瓜”一回——1997 年获法律系教学一等奖；98 年起，这里开始每年由学生评选法学院“十佳教师”，我蝉联三届；1999 年度获北京大学优秀教学一等奖，2000 年度，又特别光荣地当选北京大学“十佳教师”并位居第一。所以，自己从来对教学是很自信的。不过，可能正是这种自信产生了某种负面效果，自我感觉良好遮蔽了潜在的危机。本学期我开设了一门新课：“外国法制史”，深切地感受到了教学之难。有太多的书需要读，太多的问题需要安静地思考，可是，时间呢……

“逝者如斯夫，不舍昼夜。”想起孔子的一叹。

2001 年 10 月 11 日凌晨 蓝旗营

2001-10-17 0:22:34　发表于雅典学园

附：网友对本文的部分回应

【一水寒】 2001-10-17 14:52:37

学者是否真的就是“学者”，只学不思考，只从别人那里学来什么东西，就不价思索的用？我觉得中国现在最缺的是思考的人。海德格尔的书里面好像很少引用别人的什么话去证明自己的观点，但别人却经常的引用他的话。康德的著作也没有像中国人这样满篇是别人的话，确找不到自己的一点东西，说这个人说过什么，那个人说过什么，所以我说的对，而只有自己的逻辑论证。为什么我们不想思考？思考太累了，还是没有能力思考。我现在最不想看的就是这样通篇是别人的话，只在最后总结一下说我赞成拿一个或者我说的对的文章。中国人现在对学问的理解好像只在引用别人的话上，好像引用的多，引用的人出名就是大学问家似的，除了研究一个学者的思想不能不引用之外（我们不可能给学者们制造不是他们的思想，所以按照原意引用还是必要的），研究历史之外，我看大可不必这样，要不我们永远在别人的屁股后面学别人而没有自己的东西。贺老师虽然东西写的不多，但有自己的思考，这就足够了。

【一二】 2001-10-17 17:47:01

一水寒说得好！我也反对那种“为我所用”式的引用。其实反过来针对这些引用，也能找到一大堆正好相反的理论，甚至可以用同一个人的一段话来反驳其另一段话。所以这种只言片语的引用其实并不能说明任何问题，最多也只能证明作者看的书多吧。思考的确是最重

要的，只有思考才会有自己的语言，才能寻找到别人说话的逻辑，才可能与别人交流。

【既醉】 2001-10-18 23:29:54

贺先生也该为自己考虑考虑了，那就是“身后名”。现在文章少、无专著，未尝不是一件好事，试看今日“著作等身”之学者，又有多少文字能流传后世，还不是速朽者众。

我觉得对一个真正的学者（真正的学者应该有现实的使命感）而言，“身后名”远比身前的名利重要得多，如果要问什么是你的贡献，唯有历史才有资格作答。

【陈永苗】 2001-10-18 23:44:34

醉兄，你上面的贴子是‘悲欣交集”的吗？

一计名利，便落下乘！

【曹呈宏】 2001-10-19 0:18:38

身前名不当计，身后名更不当计。“我思故我在”，足矣！释迦牟尼现世期间，渡人无数，说法无数。如来自己一生没有留下任何专著、任何文章，事实上，连一个字也没有。这些说法之所以得以留传下来，都是他的一个弟子叫“阿难”的作了“课堂笔记”的缘故，所以佛经每一篇开头都是“如是我闻……”。孔子也是差不多，《论语》不是他写的，也是他的弟子的“课堂笔记”和回忆录；《诗经》也不是他写的，但他可能做过些整理工作，所以他说自己是“述而不作”。能够算得上是孔子作品的，大概只有《春秋》了吧。这是一本历史书，写出来后被孔子的弟子大吹法螺，说什么“一字之褒，一字之贬，而乱臣贼子惧。”不过我看来看去中国历史上从来不乏“乱臣贼子”，但却没有一个人“惧”过哪怕一分钟。因此在我的眼里，孔子的这一作品实在没有那么大的功用，倒是《论语》那是值得一读再读的，宋人倒确实有“半部《论语》治天下”的实录，了不起！

因此，在我看来，著作不在多，而在精！甚至不在精，而在无！当然，要达到“无”的境界，难之又难矣。在《般若波罗密多心经》（即《金刚经》）中记载，那天释迦牟尼去街上讨了饭，吃好后洗了脚，应邀开始上课，上着上着，他突然问弟子须菩提（在如来的弟子中号称“解空第一”）：“须菩提啊，你认为我这么多年有说过什么法吗？”这个须菩提答得更绝：“没有啊，老师，您实在没有说过一个字啊。”如来对此大加认同。大家看这是不是莫名其妙？其实也对，如来讲的归他讲的，不是我们所思的，不是我们所得的，而我们所思的、所得的，那不都是我们自己的吗？又何尝是他讲的呢？可见把学问做到“无”的境界之难。佛道“不可说，不可说”，子曰“如之何，如之何”，真是难以表达啊。

说了这些话，也许有点不着边际，但是既然学术的最高境界是“无”，次高境界是“述而不作”，那么贺教授又何必为“作”少而顾虑？旁人又何必苛求其“著作等身”呢？有思想才是重要的！而悟透所有的思想其实从“无”而来，复将归于“无”，则是圣人的境界啊！所谓“泥上偶然留指爪，鸿飞哪复计东西”。其实，许多所谓的“著作等身”的人，往往是东拼西凑，实是“他人著作等吾身”也。因此，让我唱一句非常俗的歌为贺教授送行：贺教授大胆地向前走啊，向前走，莫回呀头……

【既醉】 2001-10-19 0:35:43

惭愧，我也无法参透啊。

永苗兄以前在法律思想论坛上也曾谈过禅，不知还记得否？

永苗兄一问，既醉反思良多，不问情境，多有指责，必有失德。再细考较，缘何图虚名，其中恐亦有甘苦，回想一下徐国栋的阿东与阿西，别有一番滋味。我劝天公重抖擞，不拘一格降人才。这新人不跟在老人后面，是出不来的。可怜辜负多少仁人志士，此可谓悲欣交集也。

【劳动者】 2001-10-19 0:41:36

我觉得老贺是个“做事”强于“立说”的人。个人的选择还应该以个人的偏好，看书是可以一种思考的深入，而讲课的过程中又何尝不是呢？至于强求走哪种模式，的确是没有必要的。常规的课，我想还是减少为好，毕竟学识在某些方面已经相当的丰厚，如果不进行一些总结或个别有兴致问题的进一步的深化，也是一种浪费。然而这是需要一定的时间和自由的空间来保障的，个人方面应该想办法创造这种条件。此外，注意身体和精力方面的调养，自然可以业与学共进……不知道，我想的对不对？

【既醉】 2001-10-19 1:12:18

曹兄，无论以佛或会通三家来解，学者的菩萨行当为“身后名”。名一离身，身不具名，实为名不副实，未得名之养。所以“身后名”者非名利之名也。

以独立之思想存世间，启人以光明，可谓情有智，是菩萨之慈悲心。若即发愿，当求“身后名“，一生修持，当得菩萨道。

佛陀说金刚经，是名大智慧，不是轻取一二或狂慧知解而能得的。试问自释迦牟尼以来，娑婆世界有几人成佛？当今之世又有几人修得阿罗汉果？唯发愿已多艰。像法时代，因人而异，当大力弘扬学者之“身后名”，此亦为传统之学术精神也。

另《心经》非《金刚经》也。

请关注贺先生的知识进路。

【沈浪】 2001-10-19 14:56:50

引用：

在这些随笔、杂文以及报章访谈里，自认为还是有一种追求的。一方面，要对包括法治

在内的社会事务进行直率的评论，尽到作为学者的责任，另一方面，又追求对相关问题作出具有学术水准的解读。尤其是当一些特别容易走向情绪化的问题上，自己力求以法律人的理性精神作出分析，在这个过程中，使法治和民主的一些基本道理得以传播。

回顾自己这些年来在学术研究以及非学术文字中的种种论述，大致上说，主要在下列问题上做了一些有新意的阐述：

（1）

在法治的理论上，通过“法律职业共同体”的中介，力图沟通法治和人治这两种传统观点认为不可调和的治理模式；

（2） 寻找法律决策可依赖性的知识和制度基础；

（3）

揭示中国古典治理模式中难以建立法律之治的各种原因（当然也探索其中于今日制度建设有价值的方面）；

（4）

对司法独立的必要性进行另一个视角的论证，从而避免把它作为纯粹价值追求所带来的理论和实践困难；

（5） 更细致地刻画描述中国司法制度建构中的种种问题，并注重从建设性的角度对改革方案的论证。

虽然我立志不说任何违心之言，但由于对中国法治建设的基本探索取的是一种知识角度的进路，因此所作分析更多的是平和、理性和建设性的。

贺先生的这篇夫子自道，让我感悟良多。我非常注意其中的两个关键词：知识和论证。对于一个学者来说，在激情、价值、权力等容易情绪化的事件面前，保持一份理性和冷静，坚守知识的立场，通过论证阐述自己的主张，是一件看似容易、其实十分艰难的事情。我们应该尊敬贺先生在这方面的努力，切莫只把贺先生当作一个公众人物，把他所关心的一些问题，当作社会话题进行发挥；而是要关注他对一些问题所作出的“具有学术水准的解读”，最好是能够在知识和论证的层面上，做一些学术性的跟进。

【lawfox】 2001-10-19 17:06:08

学人在功利的社会自然的不尽无奈。

杜甫说“安得广厦千万间”，如今这广厦也该变成一种独到的安宁了吧。

愿每个学人都有这样的机会——在书斋中静心。呵呵

上传时间： 2001/10/17 文章来源：雅典学园

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

恶霸现象

星期五的下午，照例从附近的报摊上买上一份《南方周末》——自从为“法眼”专栏写文章以来，买报比以前更及时了。不怕见笑，通常是先把自己的文章浏览一下，然后再从头版一页一页看起。但这一次却不同，第一版的大标题一下子把我吸引住了：“昆明在呼喊：铲除恶霸”。一口气把这篇长篇报道读完，不禁怒火中烧，整个下午和晚上的情绪都被这篇文章给控制了。一个强烈的念头就是，应当在“法眼”专栏里谈一下这个问题，不仅仅是因为那位孙小果的恶霸行径如此令人发指，更因为此类恶霸在我们这个社会里实在不是孤立现象，同时恶霸现象又是建设法治过程中必须面对和不容易克服的一个障碍。

表面上看，某个地方出现某个恶少或恶老只是个别的以恶势力抗拒法律、为害社区的犯罪现象，然而，仔细分析，我们却可以从中发现更复杂的根源。在中国这个文明古国里，恶霸现象也是古已有之的。从很早的时候起，称霸乡里、鱼肉百姓的恶霸就是各种史籍不绝于书的。单从不同时代里人们给这类人物的称呼之丰富就可以看到问题的严重：恶少年、恶棍、豪强、豪霸、地头蛇、土豪劣绅，以侠的身份出现的轻侠（地痞流氓之属）、凶侠、奸侠，上至皇亲国戚里的衙内，下到市井耍横的泼皮，凡此种种，不一而足。只要读些我国古典小说、杂剧的人，都会对这种种恶霸的面目留下深刻印象的。

平常人们总喜欢把中国传统社会说成是所谓“封建专制”社会，仿佛皇帝威风八面，号令一切，上下贯通，令行禁止。其实，我们古典社会在建构社会秩序方面常常是上下阻隔、无从贯通的。例如，虽说是“率土之滨，莫非王臣”，朝廷也制定了各种法律和规则来约束官员行为，并时常宣布某些亲民举措，然而却无法有效地抑制各级官员的巧取豪夺－－古人所谓“黄纸放而白纸收”，用苏辙的话，叫做“贪刻之吏，习以成风。上有毫发之意，下有邱山之取；上有滂沛之泽，则下有涓滴之施。”美国汉学家杜赞奇（Prasenjit

Duara）所称的“掠夺型经纪”，指的都是这种朝廷无法有效地规制各种官员、官员难以切实地管束役吏的状况。在一般百姓这方面，也许是由于费孝通先生分析乡土社会所指出的那种特殊社会结构方面的原因，没有形成足以使公理战胜或抑制邪恶的公共生活空间和法律调整模式，社会交往过程里总是一班刁顽奸猾之徒可以获得最大的利益。最可怕的是，贪刻官吏还常常与地方豪强劣绅沆瀣一气，造成受到欺凌的小民百姓难以在地方官府获得公正，于是，企盼清官为小民作主，否则便只好诉诸上达天听的上访、京控，便成为受欺凌者仅有的两种选择。以国家为私产却又难以保证吏治清通的皇帝、以天下为己任却只能空发议论的

儒生、“仁可以为民父母，而暴亦可为豺狼”（严复语）的层层官吏、横行无忌的侠客或恶霸以及在种种暴行面前瑟瑟发抖的黎民百姓，就成为我们传统社会的一幅典型画卷。

总之，恶霸如同侠客，乃是社会法律制度所存在缺陷的孳生物。当法律机制无从合理地分配正义的时候，当不正当的行为——包括恶霸施暴，也包括缔约人违约——得不到及时而公正的矫正的时候，人们自然会通过其他途径寻求自认为应得而未得或被无端地剥夺了的利益。这样，人世间便真的成了强者的乐园。

今天，我们生活在共和政体之下。共和政体的基本道理是人民或人民通过其代表对国家实行管理和法律的统治。法治的优点之一是不再允许所谓“私人救济”，也就是说，国家把私人的强权置于法律的管束之中，从而使社会生活变得更加有序。在这个过程中，司法机关和执法机关将起到至为关键的作用。司法和执法机关的行为公正和措施有效不是一件自然而然的事情，它离不开我们对合理的制度的认真设计和构建。

孙小果这样的恶霸出现了，在“愤怒的昆明”变成“恐惧的昆明”的时候，我们该庆幸在远离昆明的广州，还有一家仗义直言的报纸。按照《南方周末》的惯例，重要报道总希望“有头有尾”，所以不久之后一版的“新闻追踪”专栏或许会告诉我们，当地党政及司法部门如何高度重视，以最快的速度把恶霸绳之以法云云。自己作为一个法律职业者，尽管读报时极其愤怒，但我还是期望司法部门严格地依据法律程序处理，例如，应当给“犯罪嫌疑人”充分的辩护权。与此同时，如果人们能够化愤怒为反思，深化对恶霸得以产生的社会基础以及如何通过法治逐渐抑制恶霸的思考，本案报道的意义将会有所超越。

原载《南方周末》1998 年 1 月 23 日。

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《运送正义的方式》

二十年法制建设的美与不足

by 贺卫方

灾难性的“文化大革命”形成了 70 年代末开始的中国法制建设的重要背景。1949 年人民共和国建立之后，由于新的政治哲学和社会哲学的影响、私有财产的渐次消灭以及计划经济的实施，法律对于调整社会关系、制约政治权力以及保障公民权利等方面的作用被忽视了。在社会生活中，人们更多地依赖党的文件、政策以及领导人的指示。与此同时，国家的政治生活变得愈来愈不正常。自 50 年代后期开始，政治运动频频发动，运动之中，上至国家领导人，下至普通公民，人们的财产安全甚至人身安全都处在随时可能受到侵犯的境地。被称为“十年浩劫”的“文化大革命”更是把这一连串运动推向了高潮。

恶梦醒来，人们痛定思痛，深切地意识到，法律制度与法律秩序的缺乏对一个社会是多

么严重的问题。值得注意的是，当时倡导建设社会主义民主与法制的政治领导人们，如邓小平、彭真等，都是在过去的政治运动中饱受冲击的人物。过去的苦难经历使他们愈发感到法制建设的必要性和紧迫性。社会主义法制的基本目标被概括为四句后来经常重复的话："有法可依，有法必依，执法必严，违法必究"。此后，一系列重要的法律被制定出来，社会生活的主要方面都有了基本的法律规范。与此同时，法院的军管状态结束了，检察院和司法部得到了恢复，律师制度得以重建。特别重要的是，法律教育得以恢复和蓬勃发展，一批又一批毕业生来到司法机关和律师界，成为法制建设的有生力量。改革开放的深入和社会结构的变化对法律秩序不断地提出新的需求，而法律的发展又进一步推进社会的改变，从而形成了法律与社会之间的良性互动。随着法治话语的日益深入人心，依法治国终于从较为民间的议论上升为治国安邦的官方国策。

虽然人们容易夸大亲身经历过的历史的重要性，但是，在本世纪中国现代法制的发展历史上，过去 20 年所取得的成就的确是十分耀眼的。当然，我们也看到，法制建设中还存在着一些明显的问题。我相信，与宣扬法制方面的成就相比较，对于我们制度建设中所存在缺陷的分析具有更高的价值。

立法：体制造成人为的矛盾和混乱

首先我们来看看立法。建立完备的社会主义法律体系是过去 20 年间我们最关注的事项。这里的主要缺陷是，随着立法的日益增多，如何协调不同时期和由不同部门所制定的法律规范之间的矛盾和冲突，始终没有得到应有的关注。我们惯常的做法是，当意识到社会生活的某个领域需要法律加以调整时，便授权相关部门起草一部法律或条例，之后将草案分送各有关部门征求意见，并召开各部门人员开会讨论，最后，当"时机成熟"时，将草案交付全国人大或其常委会表决。由于许多法律法规都是由所谓"主管"部门主持起草，想方设法利用立法的机会扩大本部门利益的倾向便十分明显。这是造成我们的法律法规经常相互矛盾和冲突的重要原因之一。

法律的冲突必然伤害法律的统一。了解西方法律史的人都知道，西方法律传统在其形成时期，许多学者用了极大的心力去协调法律可能的矛盾，之所以如此，是因为相互冲突的法律会给社会带来矛盾的信息和冲突的价值，从而使法治的理想只能引出社会混乱的结局。与此同时，法律知识以及法律职业之所以能够成为塑造和调整社会关系的独立的力量，在很大程度上也是因为法律知识本身构成一种自恰的体系，因为这种自恰，它能够产生与一般社会生活之间的紧张关系，从而营造出法治以及宪政得以立足并进而成为社会所不可或缺的调整器。因此，在西方的法律史上，通过研究、比较和协调，为社会提供统一的法律规范，一直是法律家和法学家的重要使命。在我国，对法律中的种种"不和谐音"浑然不察或无可奈何也折射出我们法律学术的落后，反映出我们的法学作为一种知识尚未取得独立的地位。

人们不关心法律中的自相矛盾也可能与这样的事实密切关联，那就是，过去我们制定的种种法律还很难完全兑现于社会生活。法律所许诺的种种不能变成现实，原因可能在于法律本身－－制定过程没有真正地吸纳相关利益群体的参与，部门利益的过分维护，"书斋立法"导致法律与社会生活的脱节，等等，同时，我们的司法制度所存在的缺陷也是不应忽视的。

司法：强人所难的制度设计

说到司法制度，我们过去所取得的成绩是相当初步的。例如，就法律机关内部的情况看，它们之间的关系尚处在相当不顺的状态之中。我们制度设计所依据的基本上是欧洲大陆法系和苏联社会主义法系两者结合的模式，但是，法院处于怎样的地位，检察院对法院以及侦查机关的监督权是否正当以及这种监督权如何行使，具体运作过程中不同机关的相互制约如何实现等问题直到今天仍没有获得一个合理的解决。另一方面，从司法与社会之间的关系上说，虽然我国宪法明确规定法院依法审理案件，不受行政机关、社会团体以及个人的干涉，然而，奇怪的是，我们却长期以来将司法机关置于同级党政机关的领导和控制之下，所谓"人财物"都要仰赖同级党政权力，在这种情况下，欲令法院独立审判，岂非强人所难？

当然，司法管理制度方面的其他弊病也加剧了司法领域的难题。据我的观察，20 年来，我们对于究竟是哪些因素使得法院成其为法院，哪些因素使得法官成其为法官，很少作深入的探讨，人们只是在很表浅的层面上理解司法权与立法以及行政权力之间的划分，从而造成司法权行使过程的行政化以及法官管理方面的官僚化。法院过于积极地行使权力，超越司法的范围制定一般性的规则，通过集体决策的方式强化对法官个人的控制，上级法院对下级法院具体案件审理过程的干预，"错案追究制度"这样的伤害法官独立的做法的推行，凡此种种，这类问题的存在和在某些局部的加剧，使得司法机关的公信度非但没有提高，反而呈下降的趋势。考虑到在社会转型期中司法对于及时而公正地处理纠纷、创制合理的法律规范以及在更广泛的社会层面上树立正义的风纪，从而保持社会的稳定和人民对政府和国家的信心等方面的重要性，我们必须对司法制度存在的上述种种弊病尽快地加以矫正。

呼唤法律家共同体

在依法治国成为基本国策的今天，人们或许会将法治与人治两极化，认为法治就是严格地依据已经存在的规则的统治。但是，如果我们不能够造就一大批尊重规则、追求正义的法律家（lawyers），并且使这样的法律家来操作法律的程序，那么，制定再完备的法律规范，设置再合理的司法制度，最终的结果仍将是徒劳无益的。因此，也许可以说，所谓法治，不过是那些受到严格法律训练的人们对社会生活的管理和调整。由于法律知识以及表达这种知识的法律语言的稳定性，由于法律推理技术的稳定性，由于法律家伦理规则的稳定性，由于法律家决策过程的通常表现出的公开性，从而导致这种决策具有相当的可预期性，从而克服了其他统治类型不可避免的恣意妄为的特征。

过去的 20 年间，我们的法律家群体在数量上有了长足的增长。由于法律教育的快速发展，受过正规高等法律教育者的数量明显增多。但是，我们也面临着法律家群体中背景驳杂不一的问题。在 1995 年《法官法》和《检察官法》之前，我们的法律职业与法律教育是分离的；也就是说，一个要担任法官、检察官或律师的人并不必须以受过法律教育为前提。因此，在现在的法律家群体中，人们可以看到各种各样不同背景的人正是毫不奇怪的事情。例如，行政官员，工会干部，复转军人，乃至法院中的打字员、司机等辅助人员都可以成为法官。法律职业的这种选任制度带来的后果相当复杂。或许它有助于我们司法制度的平民化或大众化，抑制司法界与社会生活脱节的倾向，然而，负面的效果却是，司法界不再是一个同质的集团，相反，构成一个行业的人们相互之间语言不通，对法律的实体和程序规则理解不同，从而不可避免地导致分裂状态的出现，削弱法律家的力量，从而对法治进程起到阻碍作用。

最可警者，如此驳杂的群体会带来伦理与纪律执行机制的缺乏和无力。在法制建设开展

20 年后的今天，我们突然面临着司法界的腐败似乎愈来愈加剧的势头。本来肩负着惩治腐败职能的司法机关自身却走向腐败，无疑会在已有的社会矛盾之上平添新的矛盾和冤情。对此，许多人寄希望于大众传媒、权力机关或检察院等更严厉的监督，但是，在我看来，更重要的是来自职业内部的监督机制。在司法职业中，人们对伦理规则的理解各不相同，加之选任方面的低标准导致人们名节感和荣誉感的匮乏，要确保司法界的廉洁和公正，真正是断无可能的事情。

转自中评网。

http://www.china-review.com/execute.asp?path=/content_files/7hwf18.htm2000622/7hwf18.htm&luntantitle=二十年法制建设的美与不足

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《运送正义的方式》

二十世纪中国法治回眸

在各种媒体上，世纪之交的回顾从 1999 年上半年开始，一直持续到 2000 年末，人们热情不减，且不同行业，不同领域又分门别类地回顾和展望，这本身也许就是一个值得反思的现象。

不过，如果我们关注中国的法律发展历程的话，将过去的百年作为一个相对完整的时间单位还是有其合理性的。自 1902 年清廷降诏任命沈家本、伍廷芳为修订法律大臣，要求他们“将一切现行律例，按照交涉情形，参酌各国法律，悉心考订，妥为拟议，务期中外通行，有裨治理”。自此以后，数千年固有的法治模式被逐渐抛弃，中国的法律制度走上了以西方模式为典范的不归路。中间虽然几经波折，参酌的对象也不乏变更，但是，一个毋庸置疑的事实是，我们今天所使用的一整套法律概念、原则、术语乃至制度背后的许多文化观念都来自西方。因此，20 世纪之于中国法治，不仅仅是一个时间单位，更是一个东西方文化相互激荡的过程。

初期的敷衍塞责

中国法律最初之转向西方模式，并非建立在改革者对于西方法律的真正理解的基础上。事实上，清廷之所以决定变法，在很大程度上是因为我们在军事实力上无法与列强抗衡，受尽屈辱之后，在列强的强压之下，迫不得已，只能变法。变法的宗旨与其说是意识到西方法在文化上的优势，不如说是为了让列强撤销丧权辱国的领事裁判权。我们对参酌对象的选择也反映了这种权宜之计的心态：要在立法层面上迅速地改弦易辙，显然欧洲大陆以法典为表

现形态的法律体系较之英美的卷帙浩繁的判例法更容易，而且，模仿已经完成西化的日本法律要来得更加便捷省事。在法律的各个领域的除旧布新渐次展开，在清末至 30 年代短短 20 余年间，我们的法律便发生了沧海桑田般的变化。立法上的西化以 1929 年的民法典最为典型。当时著名法学家吴经熊曾坦言："就新民法从第 1 条到第 1225 条仔细研究一遍，再和德意志民法和瑞士民法和债法逐条对照一下，倒有 95%是有来历的。不是照章誊录，便是改头换面。"与社会生活的脱节

这种敷衍塞责的做法自然要付出代价，那就是，法律与社会生活的脱节；立法上的花样翻新与社会生活的陈陈相因之间形成了剧烈的反差。法律给我们许诺了多种多样的权利和自由，然而，由于缺乏一个素质良好的法律职业群体，由于传统文化中很少支撑现代法治正常运作的因素，也由于社会结构本身变化的缓慢，因此，立法者通过法律变革社会的努力看起来更像是一厢情愿。不仅如此，许诺与现实之间的反差有时会带来更严重的社会矛盾。当治国的基本理念是立法以治民的时候，人们的不满只是局部的，但是当法律宣称人民是国家的主人之后，不满可能演化为整体性的社会动荡甚至革命。20 世纪的上半叶的中国历史正是这种逻辑的生动体现。

直到今天，仍有论者认为我们现代法律的基本发展路向是错误的，甚至有人因为当下社会秩序中存在着一些问题便美化古典社会。"法律是一种本地知识"的说法流行一时。其实，这些人可能忽略了，在"宪令著于官府"式的立法、"葫芦僧判葫芦案"和"不打如何肯招"式的司法以及"覆盆之下多沉冤"一般的制度底下，从前的中国人到底过的是怎样的生活！

废除旧法运动治国

1949 年，人民共和国成立，我们开始了建设社会主义的创举。我们宣布与"旧法统"一刀两断，但是，新社会是否应依法而治却仍属疑问。首先，当时人们对马克思主义的理解，法律就是一个历史的存在，而且是与剥削阶级社会联系在一起的。到了共产主义社会，法律便要进入博物馆。事实上，苏联立国之初，也一度试图走消灭法律之路。其次，30 年代之后愈演愈烈的斯大林模式对我国影响至大。最后，毛泽东作为革命领袖所赢得的巨大声望和独特的个人魅力在 50 年代之后成为法制建设的负面因素。这样，我们走上了持续 30 年的运动治国之路。

运动治国可以说是人治论的恶性变种。顾名思义，运动治国依赖范围广泛的群众运动。在那里，具有确定性的法律和权利都是不存在的，甚至罪与非罪的边界也变得模糊不清，行为的后果常因人而异，因时而异。司法机关也成为斗争机关，为了斗争，可以置基本的法律程序于不顾。立场须站稳，旗帜要鲜明。理性主义蒙尘，道德主义盛行，各种媒体齐发动，调门一律都煽情，不仅揭露行为，更贬斥和诋毁被批判者的人格，不将"一小撮坏人"批倒批臭势不罢休。这是和平时期的战争。没有炮火，但对人的心灵甚至肉体的摧残却一点也不逊于战争。

走向法治的时代

在上述背景之下，70 年代末开始的法制建设历程显现出历史的重要性，因为它代表着中华民族命运转换的一个重要契机。饱受运动治国之苦的中国人民在 30 年的封闭后又一次睁眼看世界，我们终于发现，历史无法超越。要建立一种完美无缺的社会，除非每个人都是

天使。我们最终省悟了，原来法治是通向自由、和谐以及繁荣富强的不二法门。更明显的是，我们的社会结构正在发生变化，随着工业化、商业化和城市化的日渐深入，人际关系的“从身份到契约”的走势愈发强劲。我们已经确立了市场化的经济模式，政府在不断地从经济关系的调整活动中解脱出来，留下的权力真空更多地由司法机关填充。由于对更广泛时空中规则统一的需求，市场经济比起自然经济和计划经济来更需要法治，需要通过司法活动对统一规则进行细致入微的建构。此外，在离战争越来越遥远的时代，依赖个人魅力的统治不再是政治的常态，从政府到人民对法律的一体遵循将是秩序得以建立的基本前提。法治的正当性从来没有像今天这样得到如此普遍的确认。

因此，我们的立法机关在不断地制定和颁布法律。面对社会生活的失范，人们不再寄希望于强权，而更多地呼唤法治。司法公正问题已经成为全社会关注的焦点。依法治国成为我们这个时代的最强音。

己巳之年，钱锺书先生有诗题“阅世”，中有句曰：“对症亦知须药换，出新何术得陈推。”中国这个千年旧邦，推陈出新的对症之药是什么呢？至少在我个人看来，法治是不可或缺的一味。

上传时间： 2001/9/18 文章来源：中国青年报 2001 年 01 月 01 日

法官：只对法律负责

法袍、法槌，界定了法官职业的特殊性。法官是一种在法庭上行使权力的特殊职业，他只对法律负责。

正义是需要包装的、是要有行头的，没有正义的形式就很难有正义的内容。从法律的角度讲，法官为什么要穿法袍、用法槌？是因为人类本身存在着某种局限性或许让我们离不开形式。应当说，无论是法袍还是法槌，都很好地界定了法官职业的特殊性。法官这个职业的特殊性究竟表现在哪里？一个特殊性就是，法官是现实社会中唯一的一个操纵生杀予夺之权的人，他可以合法地剥夺一个人的生命，可以决定巨额财产的归属，可以决定一对夫妻是否能继续生活在同一个屋檐下，可以决定你祖传的房产是否被作为“钉子户”而沦为推土机下的废墟。那么，行使如此重大权力者，如何才能让老百姓产生信任感？法官这种职业的最大问题在于要说服别人。有些决策未必是因为符合真理而得到人们的赞许，而往往是因为特定的人作出的，大家就服从。

法官是一种在法庭上行使权力的非常特殊的职业，他只对法律负责。马克思说过，法官除了法律以外，没有任何别的上司。这种职业特色在法袍上能很好地体现出来。各国法官的法袍也许在最高层次法院的法官和较低层次法院的法官之间略有区别，但从基本的样式来说，更多的追求是一致，也就是说，强调的是每一个法官的独立性。如果没有了这种独立性，司

法公正就没有保障。

法袍是一种不那么适合做野外工作的服饰，法槌也是那种只适合在室内使用的器具。这给我们一种什么启示呢？它告诉我们，法官的权力只能在法庭内行使，只可以在当事人有求于法院时才能行使。法院不可以太过积极主动地提供所谓司法服务，因为主动服务无法在相互冲突的当事人之间维持一种不偏不倚的中立形象。司法权的这种消极性要体现在法院需要严格地限制其处理事务的范围，当事人的诉求范围也是法官行使权力的边界，法官不应当越俎代庖地为当事人搜集证据，在庭审的过程中也必须恪守中立，并且力求减少对当事人之间争执的干预，像一个足球裁判一样，尽可能地让双方冲突，最后将冲突的结果加以宣布。这不仅体现了公平，而且也减少了司法决策者所承受的压力。

尽管我们穿上了法袍，用上了法槌，但其背后所蕴藏着的这种职业的特殊性还有待于我们在制度建设中不断地加以体现。我衷心祝愿，我们法官穿法袍、用法槌这个形式上的改变能够真正成为中国当代法律史的一个里程碑。

http://www.people.com.cn/GB/guandian/29/173/20020605/744934.html

法官的法袍代表了什么

——北京大学法学院贺卫方教授的演讲

编者按：作为教授，贺卫方似乎总是领先一步。他既有法学的功底，又有文学的素养，还有哲学的思辩，更有演讲的口才以及带有磁性而浑厚的嗓音。有人说，他已经把晦涩难懂的学问发展成了有声有色的演讲；也有人说，他用演讲给学问注入了更有魅力的精髓与内涵。不管别人怎么说，还是让我们听听他是怎么讲解和解析法官的法袍。尽管这是一次在北京大学校内的演讲，但对校外的我们来说，也许会拍出更热烈的掌声（文字略有删节，小标题均系编者所加）。

人为什么要穿衣服

在这么一个冬季里的周末的晚上，我想选一个暖和点的话题，就讲衣服吧，让大家能够感觉到一些温暖。（笑声）在座的各位都知道，衣服实在不是个简单的问题。人为什么要穿衣服是值得讨论和思考的。仔细想想，衣服又是非穿不可的。比如在最热的夏天，大家还是要穿一点衣服，不能一丝不挂地在大街上走。从人类学的角度来看，衣服有好多有用的功能，首先是保暖的功能，其次是遮羞的功能。人类和其他动物不同，需要有衣服遮一遮自己，从亚当夏娃开始就用树叶遮。第三个功能是美化的功能。曾经有一个法国的服装设计师设计了一套非常适合人类穿的衣服，但大家都不去穿，主要是因为穿上了感觉不美。我们今天穿的衣服有很多部件从实用的角度看是多余的，比方说西装里面的领带，那个东西除了方便别人把你一下子勒死之外，（笑声）好像没有别的有用的功能，功能只在于看上去很美，有美化

的功能。衣服的第四个功能在于有的衣服是身份的象征。比如从前古代老百姓不能随便穿黄颜色的衣服，黄颜色的衣服是专属于皇家的。今天当我们在街上看见穿蓝色制服的人站在那儿，我们知道那是警察。我们看见穿一身袍子的人，在大学里他可能是教师或者要毕业的学生，但更多情况下，我们看到穿袍子的人可能是法官。

大约五年前开始，我多次在报纸和电视等传媒上鼓吹，应当改变我们法官的服饰，应当由大盖帽、军警式制服变为法袍。所以，当 1999 年最高法院决定要换法袍时，一家媒体采访我的报道里称我是在中国第一个倡导换法官服的人。我还说，我自己都没有想到会这么快就改变了服饰。所以中国的有些事情要改变也容易，一推动就改变了。应当说，真正促使我们换服的动力来自于司法机关内部；随着司法界对外交往的日趋频繁，那身军警式制服让我们的院长们以及法官们越来越不自在。法官应当穿什么样的衣服也就越来越成为一个不小的问题。现在，总算改了过来，实在值得庆贺。当然有的人批评说，你不要洋洋得意，真正的袍子里面的东西要改是很难的，换一下袍子并不难。但是你们知道，鲁迅讲在中国动一动桌子就要付出流血的代价，服饰的改变并不是一件非常小的事情。

法院是什么地方

通常人们会觉得在法庭上发生的种种事情只和打官司的当事人有关，但实际上，研究法律的人都知道，法庭中发生的种种真实是和我们密切关联的。比方说去年恒升电脑公司诉王洪以及两家媒体的案件，由北京市海淀区法院审理判决，按说这样的判决只和王洪以及恒升笔记本电脑公司有关系，但实际上和我们大家都有关系。王洪买了该公司的笔记本电脑之后发现质量存在严重问题，返修过程中对方接待态度很不好，还说因为王某对电脑进行了升级，所以要收他 7000 块钱。王洪非常愤怒，于是在网上开了个主页，上面贴上了他的一张大字报，题目仿佛是“请看我买恒升笔记本电脑上大当的经过”。文章里说，恒升笔记本电脑娇气得像豆腐渣，这样的垃圾产品我希望大家都不要买。许多网友也上去帮腔，骂这个电脑公司。恒升公司觉得它的名誉受到极大伤害，到海淀区法院提起诉讼。法院作出判决，侵犯名誉权的行为成立，王洪要赔偿该电脑公司 50 万元人民币，其他两家转载媒体各赔偿近 25 万元。这样该电脑公司有将近 100 万元的进账。后来我在《南方周末》上发表一篇文章，叫“不智的诉讼，含糊的判决”，对判决书进行了对我来说很少见的批评。这样的事情发生以后，你会发现，法院一旦判决一个人不能在网上发表相关的批评一个公司的言论的时候，我们每个人的言论都受到了一定限制，每个人在网上的自由都受到了制约。因为其他人，如果也像王洪那样在网上发表批评某个企业产品或服务的文章，按照同样事情同样对待的法律原则，其他公司照样可以提起诉讼，照样能够得到赔偿。法院作出判决的时候，会影响到我们每个人的生活，会影响到我们将来对自己怎么去行为的法律效果的估计，那么这样一种司法的过程就和每个人发生了千丝万缕的联系。法院是一个非常重要的机关，尤其当我们要建立市场化经济的时候，法院的重要性在明显扩大。

与此同时，法院又是特别讲究礼仪的地方，是现代社会中最讲究仪式的地方。我们常常说中国是个礼仪之邦，现在总说一个人很有礼貌，待人接物很诚恳。美国人很不理解为什么中国人递一个名片要用两只手。这么轻的东西，一只手就行了。对中国人来说，这是有礼貌的表现。但是我们常常忽略在中国古典社会里，所谓礼不仅仅指对人要有礼貌，更重要的是仪式。仪式在古典社会有五礼，比如婚礼，结婚是人生大事，要有仪式化的东西。我们今天

有时候两张单人床往中间一凑，这在古代是绝不允许的。比如葬礼，今天我们还能看到，一个国家领导人去世了，要由四个士兵抬着棺材走下来，士兵的胳膊都甩得很大，表示一种礼仪。

此外，还有军礼、嘉礼等。你可以发现，古典社会中仪式总被强调。

英国制度的绝妙反差

英国有个宪法学家白芝浩，他写过一本很有名的著作叫《英国宪法》。他说，英国的宪法分为两个层面，第一个是非常实用的层面，另一个是非常仪式化的层面，这两个层面在英国宪法中结合得非常好。华丽的层面，比如英国王室的尊荣，王室门口的士兵换岗，是游客必看的节目。士兵戴的帽子几乎都看不见眼睛，这是几百年来士兵穿的衣服，装饰得非常漂亮，换岗本身是一个仪式。英国国会开会的时候仪式化的东西给人的印象非常深。比如上下议院要开一个联席会议的时候，通常是下议院的议员到上议院去开会。开会的时候并不是像我们这样，代表人三三两两走向人民大会堂，边走边聊，脸上洋溢着喜悦的光芒，（笑声）不是这样的，一定是下议院的议员们在下议院集齐，然后上议院要派一个人过来叫他们，来的人穿着非常礼仪化的衣服，手里拿着一个黑色的权杖，走到门口以后，敲门三声。门上有个小门洞，里面的人要把门洞打开，往外看一下，问"来者何人？"（笑声）外面的人回答："黑杖典仪官到此，引领下议院议员开会。"然后里面那个人一定要朝典仪官身后看一看，确认后面不是跟着土兵来抓议员，然后门洞合上，大门打开，下议院议员们鱼贯而出，到上议院开会。直到今天，这样的礼仪还得到严格的遵守。过去某个时期，国王曾派出军队跟黑杖典仪官把下议院的议员都抓起来。后来就发展出这样的礼仪，一定要先把门关得紧紧的，敲三下门，要看看有没有军队。白芝浩讲，这套礼仪简直是美轮美奂，定能唤起每一个英国人的自豪。

另一方面，英国制度中有实用的那部分，比如文官制度。英国的文官体系高度简朴、实用，并不追求奢华。大家想想看电视的时候，英国首相在唐宁街十号会见外国来宾，你不可能想象堂堂英国首相的官邸为什么会是那么小的一个门，那么平常的房子。一些游客如果没有注意门口站着士兵的话，绝不可能意识到这是个极特殊的地方。白芝浩认为，在英国的宪法中，这两者结合得非常好，有一种反差，华丽的非常华丽，而朴实的极其朴实。这是英国制度的一个重要特点。

今天，我们中国的制度也有一些讲求华丽的地方。比如天安门广场的升旗仪式，每天早晨一定要在太阳升起的时刻响起乐声，然后由一武警方队护卫旗子出来，在国歌声中升旗。当你看到有些人手抚着胸膛看着升旗，当你看到有些人眼含着泪花的时候，你可以感觉到周围这些人为生活在这个国家感到自豪。如果说要讲求实用的话，根本不需要花这么多钱养这些人来护送这么轻的一面旗。找一个退了休的老头，每天早晨太阳升起的时候夹着旗帜到天安门广场把它升起来就行了，（笑声）那能节约好多开支。但是国家宁可花那么多钱养这么个仪仗队伍。这就是礼仪的重要。

法官的法袍代表什么

在英国和其他的西方国家，法庭之上的仪式都是非常发达的。进入法庭之后，你会发现自己到了一个非常奇怪的地方，你看到法庭之上的法官穿的服饰，半夜撞见的话你肯定会吓死。英国的法官以及从前英联邦国家和地区，包括香港的法官，头上戴着一个披肩假发，律师戴着小假发，法官和律师都穿法袍，通常是黑色的。这种装饰下的开庭，给人一种非常礼仪化的感觉。法官手中握一个锤子，这也成为法官的一个标志，他要说话之前会先敲三下，说完话以后再敲三下，然后就休庭了。所有这些仪式化的场面给人以深刻的印象，好像和我们常人想象的很不一样。但是如果我带大家到我们的法庭之上，尤其是到我们过去的法庭之上，当然现在绝大多数的基层法庭可能仍然还是这样，你看到法官之后，会突然觉得像是到了军事法庭。法官穿的是很军事化的服饰，当然不是完全的军服，比如戴着大盖帽，穿着一身制服，但制服本身又缺少一根武装带，不像警察和军人。有肩章、有帽徽。为什么中国的法官会穿这样一套服装，而西方的法官会穿和中国法官那么不一样的服饰？不同的服饰背后揭示了什么样的道理？我们今天就来讨论一下。

我们看法官的不同服饰背后揭示的第一个道理非常有意思。西方所有国家的法袍都是黑色的，只是有些国家的法官戴假发，而有些不戴。欧洲中世纪和近代早期许多国家都戴假发，但到近代资产阶级革命以后，由于民主主义思潮的兴起，假发在许多地方都被废除，只有英国还恪守自己几百年来的传统。大家记得美国第三任总统杰弗逊批评假发说，他最恨的就是英国式的法官的假发，阴森恐怖的小眼睛从假发后面闪着蓝光的场景，简直受不了。美国也废除了假发和法袍，但后来法袍恢复了。假发、法袍这样的服饰营造的气氛是凸显了法官这种角色的极端重要性，这种职位的极端重要性。法官戴的假发属于官职式假发，表示自己的官职，它要营造的气氛是生怕你看不出来这是假发。所以这种假发戴上去以后给人一种特别非人化的感觉，也就是说，戴上假发的人看上去就不是个人了，它要把法官当作非人非神的，半人半神的思想。我想这种营造有它特别的深意。

法院和法官是干什么的

法院和法官在社会中承担三个层面的事情。第一个层面是处理案件解决纠纷，这是法官承担的使命和最基本的角色。第二个层面是要为社会提供统一的法律准则，也就是说，社会的法律准则需要法官在司法过程中逐渐加以统一。许多人想，一个国家统一的法律主要靠的是国家的立法机关，制定法律的人制定出一部法律，全国上下都遵守，那么就有统一的法律。但其实稍微了解一点法律的人都知道这一点是很难做到的，法律是由语言构成的，而事实早就已告诉我们对同样的文本，仁者见仁智者见智的情况是很可能发生的，语言让我们理解，语言也让我们误解。钱锺书先生曾用水来比方语言在人际交往中的作用，他引古诗“君家门前水，我家门前流”，这说的是人们通过语言而相互沟通；但是，“盈盈一水间，脉脉不得语”，这又形象地显示出，正是语言让人们误解。

法律条文里充满了可以作多方面解释的可能性。我曾经举过这样一个例子，《中华人民共和国宪法》里规定：中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。请问在座各位，什么叫劳动的权利和义务？什么时候我的劳动权利被违反了？什么时候我没有履行劳动的义务？谁也说不清楚。我们法学院院长说现在定岗定编了，15％的下岗名额里给你一个，我能不能说

这违反了我的劳动权？或者说违反了我为北大劳动的义务？我想义务为北大劳动劳动。（笑声）这是不容易搞清楚的问题。宪法里规定全国人大常委会的组成人员中应当有适当比例的少数民族代表，请问什么叫适当比例，是按人口比，还是按所占的疆域比？或者按《公司法》的基本原理，汉民族占 51%，少数民族占 49%，把全国人大常委会办成一个控股的公司？（笑声)还有什么叫少数民族？各位想不就是 56 个民族中除了汉民族的 55 个吗？请问抗战和解放战争时有一些犹太人，外国人到中国来帮助中国人的解放事业，像马海德，爱泼斯坦，他们当上了全国人大常委会委员，他们算是少数民族还是汉族？所以我们可以发现，法律里充满了这样模糊不清的问题，需要我们加以解释。解释的必要性使我们感到法官是非常重要的。如果法官的解释七零八落，深一脚浅一脚，翻手为云覆手为雨，这个国家就不可能有统一的法律准则。不同地方的人可能表面上生活在同样一套法律体系之下，实际上可能生活在很不一样的或者非常随意的法律之下。所以我们需要有一个法官群体来保障法律解释的统一性，这是法官能起到的第二个作用。

第三个作用是，在任何社会中，司法都是一种正义的符号，它不仅是实用的，还是符号化的，一个国家、一个社会、一般人民如何去理解什么是正义，什么是法律上的正义，什么是国家倡导的东西，在很大程度上并不是靠上面的某领导人怎么说或议会制定什么法律，实际上人民感受法律感受正义的准则最重要的是他自己或者他的亲朋好友遇上案件时，法官的举手投足之间是否真正体现了这种正义的风范。对正义的展现使我们认为法官是社会上非常重要的角色。

不仅如此，最近美国发生的事让我们看到了司法制度在一个民主社会中的另一个角色，那就是说，司法经常能够有效地裁判民主制度在操作过程中所发生的冲突。我在网上看到一篇文章叫《妥协还是契机——从本次大选中的争端看美国司法在民主中的地位》，它引了托克维尔的话。我们知道 170 年前法国著名的思想家，美国民主制度最伟大的理解者托克维尔到美国去以后，发现美国社会的一个非常重要的现象，几乎所有的政治问题或早或晚都会转变为法律问题而由司法加以解决，这是美国的特色。所以作者说，他一看到美国大选发生争端以后就感觉这件事肯定要由法院来加以解决。果不其然。所以，在民主国家里，司法可以解决政党争议，过去由战争解决的问题，现在由法院加以解决。

司法是以什么样的逻辑来解决政治问题的

我们看到，什么东西到了法院会变得不那么激烈，不那么情绪化。法官法袍一穿，加上年龄比较老，处理问题严格按照程序，给双方多长时间举证，多长时间辩论，证据准备到多充分，避免煽动陪审团。律师和法官之间的非常理智的语言，用所谓法言法语加以沟通，法官的判决要有好的说理。台湾地区的大法官会议作出的判决，经常是旁征博引，引用德国联邦宪法法院的法官指出如何如何，美国最高法院的法官认为如何如何，判决书下有好多外文注释。法律改造社会的力量就是通过这样一种把人们情绪化的，在过去需要付诸战争解决的问题纳入到司法途径，按照法律程序，用一套法言法语，披着一身法袍，最后获得一个理性的解决。

法官承担着如此重大的社会责任，是现代社会中唯一一个言出法随的职业，法官说的话是法律。美国有一派学者公然宣称：什么是法律？法官说什么什么就是法律。在美国，这样

的说法有相当大的合理性。在任何一个国家，法律究竟是怎么回事，实际上，要落实在具体的案件处理过程中，而这一过程中法官起到了最重要的作用。法官怎么使用法律，怎么解释法律，最终还是由法官来言说法理。法官可以决定巨额财产的归属，可以决定一对夫妇是否离婚，可以决定祖宗传下的房产是不是作为钉子户而沦为推土机下的废墟。现代社会中，司法、法院越来越成为政府与人民之间的一个中立的裁判者。人们和政府之间的利益冲突要到法院去解决的一个基本前提是法院要在政府与人民之间保持严格的中立，如果法院和政府穿一条裤子，那人民还有什么指望？

政府征用土地的问题可能是一个好例子。你们知道，现在城市建设，经常要发生政府征用土地和房屋的事情。政府要将老百姓的房子拆迁，需要给住户合理的补偿。但是，有时住户会觉得补偿额太低，因此，就拒绝搬迁，形成所谓钉子户现象。我们的媒体常报道法院评价钉子户必须搬迁，拒绝搬迁者，法院就出动推土机将房屋推倒。在中国的钉子户就没有德国的钉子户运气好。上世纪德国有个皇帝威廉一世，他雄才大略，也富于侵略性。在国内他有和毛主席同样的习惯，喜欢走遍祖国大地，（笑声）喜欢到处巡视。他派人在波茨坦盖了个行宫。盖完之后，他发现前面有个房子特别碍眼，正好把朝前看的视线挡住了。皇帝很不高兴，马上找来他的内务大臣，知道那是个磨坊。他就说，“问问磨坊主的意见，看他愿不愿意把房子卖给我，咱们买下来拆掉。”结果内务大臣去交涉，想不到老磨坊主脖子一梗，坚决不卖，“那是祖宗传下来的财产，我的任务就是维护下来，一代一代传下去。皇帝要买我也不卖，那是无价之宝。”皇帝说给他提高补偿标准，给他高额补偿，但是他还是不卖。皇帝一生气，派宫廷卫队把房子给拆了。

拆房子的时候，老磨坊主站在旁边，袖手旁观，摇头晃脑说了下面几句话：“你做皇帝的当然权高势重，你可以为此事。但我德国尚有法院在，此不公平之事我必诉之于法庭解决。”（笑声）第二天，一纸控状送到德国地方法院，法院作出判决，皇帝必须“恢复原状，”（笑声）赔偿由于拆毁房子造成的损失，皇帝败诉。皇帝拿着这个判决书，只好苦笑几声，说是“我做皇帝的有时候也会利令智昏，权令智昏，认为自己可以无所不为，幸亏我们国家还有这样的法官在，这种情况下判我败诉，这是多么可喜的事情。赶快，恢复原状。”（笑声）又给盖起来了。当然这故事还没完，过了几年，老威廉死了，威廉二世登基，老磨坊主也死了，小磨坊主“登基”。（笑声）小磨坊主想进城，想把房子卖了，他自己手头也特别拮据。突然想起他爸爸以前说过，这房子老皇帝想要，小皇帝会不会还想要呢？（笑声）他就写了封信给威廉二世，想把房子卖给他。威廉二世给他回了信：“我亲爱的邻居，你的来信我已收到。听说你现在手头紧张，作为邻居我深表同情。（笑声）你说你要把磨坊卖掉，朕以为期期不可。毕竟这间磨坊已经成为我德国司法独立之象征。（笑声）理当世世代代保留在你磨坊主家的名下。（笑声，掌声）至于你的经济困难，请务必理解我作为一个邻居的心态，我派人送去三千马克，请务必收下。如果你不好意思收的话，就算是我借给你的，解决你一时燃眉之急。你的邻居威廉二世”（笑声）到现在那个磨坊，德国司法独立的象征还巍然屹立在德国的土地上。这是件非常感人的事。（本刊于 2001 第 8 期曾刊载过）

司法现在经常在政府与人民之间充当中立的裁判，所以它承担着更大的使命，而且这个使命不容易承担。司法操纵着生杀予夺的大权，这样巨大的压力承受在一个常人的肩膀上，人们往往觉得心里不塌实，所以需要把这个常人加以包装，包装得和人不一样。头发一定要怪怪的，衣服要不同，这样无论给衣服之内的人还是衣服之外的人都有强烈的警醒，那就是说我做的工作不是一个平常的工作，我所做的工作涉及到人命关天的的事情，我所做的工作涉及到法律准则的统一，这么重要的工作我一定要认真的做。穿上这套衣服以后，其他的人

也会对他有强烈的期望。我想这是把法官营造得非常奇特非常不一样的作用。

军警式的制服所营造的气氛，就比较简单了，那是一种工具化的气氛。穿这身衣服的人其实没什么了不起，他不过是个服务的角色，他是完整我们另外某种价值的辅助性的角色。中国的法院一直处在权力的边缘，司法机关在长期的计划经济时代，只不过是无产阶级专政的工具。我是 1978 年开始学法律的，进学校前还是作为绝密专业招生，一定是苦大仇深出身的人才可以学法律。（笑声）进去以后就教育我们要做无产阶级专政的“刀把子”，（笑声）法律教育的目的就是把一个人磨得锋利，“党指到哪儿就砍到哪儿”（笑声）“社会主义一块砖，东南西北任党搬”。（笑声）我们看到长期以来司法机关的角色，法律人的角色，就是服务者。52 年为反右服务，56 年为反胡风服务，57 年为反右服务，58 年为大跃进服务，“三马齐出动，拧成一股绳，下去一把抓，回来再分家”。（笑声）我们现在看当时的报纸很好笑，但都是现实。66 年为伟大的无产阶级文化大革命服务，服务不长时间，法院就被军管了。我还曾接到一个当事人寄来的当时的判决书，判处他反革命罪，这个判决是山东烟台军分区中国人民解放军政法委员会作出的。当然文革以后恢复法院，为改革开放服务，后来为商品经济服务，为市场经济保驾护航，现在又为西部大开发服务。（笑声）法院总是个次要的角色，并不是个神圣化的角色，如此次要的角色当然不需要那样奇特的包装，所以穿了一身军警服。这是我们说的第一个层面的含义，法官是一个特殊的神圣化的角色还是一个工具化的角色。

第二个方面的含义是穿着法袍的人有一种独立感，他是独立的职业，独立的人。司法的角色象征着独立性，法官的最重要的品质是独立。为什么司法要独立？其实每一个法官要独立，是因为法官处理案件，行使权力只在法庭之中。在法庭中行使权力的过程需要一种对人的观察。比如在司法过程中，我们为了查清案件的事实。离不开当面锣对面鼓地观察。证人在作证之前要宣誓，宣誓之后法官会向他反复强调，你已经向上帝宣誓了，现在你说的话如果有假的话，你不只是对我撒谎，你是对上帝撒谎。这对人心理上有警醒感，这是非常重要的。我们现在是辩证唯物主义，天不怕地不怕，向毛主席宣誓也没有（笑声）所以我们现在伪证特别多。当伪证率很高的时候，说明一个民族道德，伦理层次的下降。

证人在作证时，法官要观察他有没有作伪证，神色怎么样。我们古代有句话“以五声听狱讼”，为什么他脸红，为什么他口吃，为什么发抖？这时法官必须当面观察当面判断，这样的职业需要长期以来在法庭积累的经验。在西方国家，尤其在美国和英国，对法官的选择是非常讲究的。有一句古老的谚语叫“法官老的好，律师少的俏”。法官越老越好，老的才有经验，老了才能对人情世故作出一些判断。我曾经说我人生中最大的灾难就是在大学毕业实习期间去让我去处理离婚案子，我怎么去处理？我还劝大家，“一日夫妻百日恩”。（笑声）像我这样一个嘴上无毛，从没结婚的人怎么给人家说“一日夫妻百日恩”？在英美国家，包括香港，通常不会出现 40 岁以下的法官，通常从执业十年以上的律师或者检察官队伍里选任。

一个法官最不好的是容易被迷惑，经常心里拿不准。从前有个法官，听完原告的陈述后对原告说：“你说的对太有道理了。”再听被告说，说完了，对被告说：“你说得对呀，你说得真有道理。”旁边的书记员说：“法官大人，不可能两方面都的对的，因为他们是对立的。”法官说：“哦，搞了半天原来是你说的最对。”（笑声）法官需要良好的判断力，法官这个角色不需要搞年轻化。当然年老的需要有一个补偿，这个补偿是法官基本上没有退休年龄的限制，不能强制退休。美国的霍姆斯大法官 62 岁担任最高法院大法官，一直干到 91 岁。他一

坐在法庭上，白胡子，白头发，黑法袍，真正给人一种司法的威严，这能带来一种重要的效果。有时候司法处理的问题，不一定有很明确的是与非，没有什么真理不真理的问题，司法所解决的问题不过是一种平衡术，这就是为什么古罗马人给法律下的定义是“一种公正善良的艺术”。这样的艺术需要伟大的艺术家来表演。

说明这个道理的一个经典案例是妇女有没有权力堕胎的问题，女权主义者们的口号是“我的身体我的自由”，老娘要把肚子里的东西做了你管得着吗？！(笑声)法律，什么法律！都是臭男人们制定出来限制我们女人的，两千来的法律历史都是一部男人欺压女人的历史。（笑声）那天我给我们 00 级新生开迎新讲座，我一看不得了，这届女生占百分之六十多了吧，相当可怕。我作为一个男教师深感忧虑。（笑声）将来恐怕法律要变成女人的声音了，现在法律基本上还是男人主导的声音。女同胞认为不允许堕胎的法律是对她们一种不合理的限制。有道理，这种要求一点也不过分。另一方面，保守人士看来这是非常严重的问题。这不是杀人吗？当然是杀人。搞法律的人在那里搞了个虚伪的说法，认为人的生命从出生之时开始，这是虚构的东西。真是这样吗？不，人的生命是从受孕开始，没有上半场哪有下半场，（笑声，掌声）没有十月怀胎，那有一朝分娩。那不是生命是什么？你为什么要惩罚在大街上杀人的人，为什么不惩罚在医院杀人的人？有区别吗？我看有区别，区别就是在大街上杀人时对方可以反抗，可以正当防卫，而在医院杀人这个小生命从来不跟你交涉，从来不搞正当防卫。选择更残忍的方式杀人者难道不更应该受到惩罚吗？我想问问大家这里面有道理吗？不。其实法官很难判决这样的案件，这是一个所谓的“艰难案件”。但法官又不能不判，这时唯一可以求助的是法官的崇高威望。实际上这样的判决无法获得人民普遍真正的拥护。现在我最不喜欢法院系统流行的一句口号是：做人民满意的好法官，做人民满意的好法院。现在法院正在开展这样的所谓的“双满意”的活动，还要评“双满意”标兵。怎么可能是双满意，叫人民都满意，最多只有一半的人满意，那就是胜诉的当事人满意，败诉一方的人觉得不满意，（笑声）有时甚至胜诉的一方也不见得都满意，因为许多人觉得胜得还不够，胜得不过瘾（笑声）可见司法常常在一条艰难的路途上跋涉，作出判断，在这种情况下，法官，法院必须要有崇高和独立的地位。

在我们国家这种独立还不具备。我们讲司法独立，讲法院独立，基本上讲的是整个法院系统独立于外部，而基本上不讲法院个人的独立。有一种说法：现在的法官你控制他还这么差，搞司法腐败，什么大盖帽两头翘，吃了原告吃被告，原告被告都吃完，还说法制不健全。（笑声）我自己正在做个论证，希望人们意识到这种思路可能导致恶性循环，会使我们的法官素质越来越低而不是越来越高。大家想想，我们的最高人民法院在 1988 年下半年的时候对外招考十名高级法官，我知道那个高级是什么意思，就是处级法官处级审判员。（笑声）当然从外面招进去就是处级，那对最高法院来说也是破例。然后报纸，电视都来宣传，最高法院招十名高级法官，条件是大学从事法律教学的正教授，研究所里从事法律研究的正研究员。一级律师，国家机关从事法律工作正处级以上干部，最后一条是北京户口。<南方周末>上有一篇文章对最后一条做出批评，题目是《北京是谁的首都》。认为最高法院的这种做法有一种地域歧视。这样的招法官的做法受到了社会的普遍冷落。到报名那一天，最高法院的工作人员一大早就非常兴奋的摆桌子，摆椅子，新闻媒体的“大炮”都架在门口了，天啊，几天下来就只有几个人报名。（笑声，掌声）这是为什么？为什么中国最神圣的司法殿堂对这些学者律师毫无吸引力？而在西方国家，被人们任命为最高法院的法官那简直是全国甚至全世界瞩目的事情，是多么光荣而神圣的选择。可是在中国没有人报。我曾经问过我的几个同事为什么不去报，他们说“去哪儿干吗”？真的是这样，我跟同学们讲过，全国最好的一个位置就是北大法学院的教授，（笑声），比那些高官们好得多，收入比他们高，（笑声）而

且还自由，到最高院干吗？到最高院我可以发表我的文章吗？不，你发表文章要谨慎，因为人家会以为你代表最高法院，所以最好不要写文章了。到最高法院做个审判员，我能够写体现我的个性的判决书吗？我应点语言的追求，引证一点国外的判决注释里有点外文。不行！能不能要求庭长别审我的判决书了，我的判决书是我的判决书，不是庭长的。不行。现行的官僚体系不允许有这样的个性化的行为存在。那我去干吗？我在这儿挺好的，从来不会发表文章还要院长审查通过。在最高法院那个毫无个性的机器里做一个毫无个性的螺丝钉，我不去！（笑声掌声）

法官的独立性是法官得以公正，得以在社会中展现正义力量的非常重要的保障，而我们现行的法官制度是官僚化，等级化的法官制度，是不可能做到这一点的。《法官法》修改过程中，草案中有一条“中华人民共和国实行法衔制度”。当时我问法衔制是什么意思，回答是：因为现在法官外表上看不出来什么级别，体现不出等级，所以要借鉴军队的做法，在外表上加以区别，比如一级大法官，一个大星，二级大法官两个星。我说你们现在服饰够别扭的了，还要搞一个法衔制。军队为什么要搞军衔制，因为军队最重要的是服从，军人应该很清楚的知道应该服从谁，应该指挥谁，那不需要两个人认识，只要用军衔来区分级别，以便确立军队里的等级，这是军队胜利的前提条件。三大纪律，八项注意第一条：一切行动听指挥，步调一致才能得胜利。但是法官需要这个特色吗？我们现在在实行四等十二级的制度，不断暗示法官级别，暗示高级法官可以支配低级法官，低级法官要服从高级法官。司法的行政化非常严重，最重要的表现是等级化。科举制的长期实行使我们今天建立了一个新制度的想象力受了极大的局限，我们设法想象除了官这套评价体系以外还有什么别的评价体系。比如医院有处级，局级，副部级，和尚（笑声）杭州灵隐寺的主持是局级和尚，（笑声）是政协常委。大学也是，前一段时间我们的报纸登着“教育部决定北京大学是副部级大学，我校校长党委书记享受副部级待遇”。我说北大真是降尊纡贵，多么有尊贵的学校，历史比国家历史还长，校长地位绝不比国家元首低，何必搞个副部级来当。（掌声）哈佛大学校长从不把国家总统放在眼里，他也是个“总统”啊，他的名号和总统的名号是一样的，（掌声）唯一不同的是他指挥下的“小国家”历史比美国的历史可悠久得多。那才是一个大学的尊严。（掌声）

法袍的第三个寓意是，在法袍这一古老的服装样式下，法官必须要维护一个职业的完整，维护行业的悠久传统，它提醒着我们这种角色的特色。这就涉及到法治的问题。在许多国家里你会发现，不同的行业对社会变革的反映不尽相同，有的行业喜欢变革，喜欢进步。比如年轻人喜欢社会进步，社会变革；文学家很喜欢社会动荡，诗人很少有人写歌舞升平的诗写出千古诗名的，伟大的诗人都是写人类的痛苦，社会的动荡，所谓国家不幸诗人幸；当然职业革命家喜欢革命；历史学家喜欢革命，现在社会平和了，我想写当代史的人简直无聊透顶，只能年复一年地写：“国民生产总值增长了”，谁看啊！（笑声）但是法律这个行业偏偏培养一个人保守，稳定，不那么激进，千方百计维护既定价值的习性。可以说，今天所说的“法治”之所以得到人们越来越多的向往，是因为它最大的好处是让我们受到某种过去的规则的制约。法治有几条黄金定律，一是“法无明文规定不为罪”，法律没有规定的，你尽管去做，没有人会惩罚你。“法不溯及既往”从前我们审判林彪，四人帮，觉得那是国家法制民主的里程碑，今天回过头一看，好象还是存在某些问题。因为审判时用的 1979 年制定的法律，而他们犯那些有罪的事都是文革期间，这就违反了法治的原则，开了一个相当不好的先例。规则一定是提前存在的，行为是后来发生的，这样的法律才可以遵循。法官每遇到一个案件，他不由自主的就回头看，看过去发生的种种，看有没有法律的规定。这个法律在有些国家能延伸到两百年前，在英国有些法官，现在还在引用 14 世纪的法律或判例。托克维儿说：“英

国人喜欢他们的法律并不是因为他们的法律好而是因为他们的法律老，"（笑声）老的才是好的。《封神演义》里的申公豹脑袋被人砍下来了，后来发现砍错了又给安上去，结果安倒了，脸到后面去了。申公豹走路的时候往前走就是往后走，往后走才往前走。我们今天的语言里也有，说未来的时候我们说“今后”，说过去的时候我们说“从前”（笑声掌声）我们的文化到底后走还是朝前走搞不清楚。我们的记年方式和西方人不一样，西方公历永远向前走，我们六十年一甲子，是绕着圈子走。

法律家就是不停的朝后看，总是用过去的规则来限制今天的行为。当政治家头脑发热的时候。法律学家总是拽拽他的衣袖或者给他当头棒喝。这种稳健的保守主义在许多社会里创造了重要的价值。加上法官年龄老的特征就使得法律家保守的特征更显露无遗。另外，又加上法官不受民意制约，更使得法官可以深谋远虑。在每个这个民主的国家里，三权之中的司法权，老百姓拿它没办法，总统任命法官，全国联邦法院的法官八百多人全部由总统任命，这本身就不是一个民主的程序，而且总统一旦任命，法官就变成了断线的风筝，总统没办法控制他，每个法官都保持严格的中立。人民没办法控制他，法官在他的正当行为期间终生任职。我们发现三权分离的制度是民主政体与贵族政体相互妥协的产物，尤其是在司法领域中。总统这边，老百姓不高兴他就当不了，当上了老百姓也不高兴，过四年他就要下来；议会所有成员都是民选产生的，但司法老百姓就无可奈何。而且，宪法中明确规定"国会不得制定减少法官工资的法令"这是宪法里唯一规定的一个行业工资问题。（笑声）林达有一本书叫《总统是靠不住的》美国设置总统的制度让人们强烈的意识到总统是靠不住的，国会议员是靠不住的，但有一个行业大家都认为是靠得住的那就是法官。为什么法官不是民主产生，不受民意制约，反而是靠得住的？这是我们研究美国民主制度应该特别注意的问题。

我们现在法官穿的服饰是新派服饰，不能提醒我们注意这个古老的行业，他谈不上提醒法官决策是保持连续性，要注意与传统的契合。

总而言之，我们上面三个角度稍微揭示了一下不同法官服饰背后的理念。我想，中国社会结构，经济模式的演变，以及中国政治模式的转变，都使得中国已经走上了一条法治的不归路，也就是“依法治国”如何使中国的司法制度走上良性循环，得到人民的真正拥戴，这是我们今天面临的一个很大问题。

前不久，我在法学院的一次演讲中提到，我们现在司法制度的建设有四大矛盾，第一个大矛盾是：这个社会长期以来沿袭下来的中央动员型的治理传统与司法独立之间的冲突。我们喜欢最上面有核心，中间有一把手，都团结在核心周围，服务中心工作。这种情况下，司法的中立，独立，消极性得不到理解。第二个大矛盾是：“依法治国”要求的法院居于权力的真正核心和现在实际上法院等司法机关处于边缘化的矛盾。最高人民法院院长和最高人民检察院检察长在党内政治局委员都不是，只要看这一点就知道他们根本不占决策的核心位置，这种实际的边缘化造成了法院现在的矛盾，一方面想讨好真正的权力核心，但结果是自己越来越卑下，越来越低贱；一方面为了向社会显示他有力量，在社会中穷兵黩武，搞什么“执行会战”。结果愈发边缘化。第三个矛盾是：“依法治国”要求的法律单极化和实际法律的多极化的矛盾。“依法治国”要求法律规定自成体系。是由人民代表大会制定的一套规则，由最高法院作为最终的裁判机关来加以解释。而在实际上，有法律效应的东西多极化，我们经常看到法外有法，法上有法。比如现在流行的“双规”，党的纪检部门可以让一人在规定时间，规定地点交代问题，这涉及到人身权利，这样的权力本来只有司法机关以及公安机关在严格遵循法律程序的前提下才能够行使。法律之外分明有许多规范超越了法律。最后一个矛

盾是巨大的改革热情和相关知识积累不足之间的矛盾。我们改革热情很大，不断推出改革新举措，个案监督，错案必纠，对外招考法官，电视直播庭审，但这些措施相互矛盾相互冲突，这就证明了在相关决策者的心目中，什么叫法庭，什么叫法官并没有一个清晰的了解，所以我们的目标并不清楚。

中国是一个古老的具有悠久文明传统的国家，在追求一个更加合理的社会过程中，离不开一个良好的法律制度。我相信，司法改革可能会成为政治体制改革的一个重要的突破口，也可能是风险最小收益最大的突破口

。所以我想，在座无论是不是学法律的，都应该背负起一个义务，那就是以各自的方式推进国家的相关制度，无论是政治制度还是法律制度朝向一个民主，自由，开放，多元的方向发展。我总是想，我们国家在奥运会上可以获得金牌的第三名，为什么不能在民主和法制的建设上排名世界第三呢？我相信我们中国人是有这个智慧和能力的。谢谢大家。（掌声）

沈浪说明：感谢网友“法霸江湖”输入此文！

此文是《法官袍代表了什么?》的下半部分。自上半部分出来后，网友问询下半部分者甚众。法霸友闻知后，辗转找到下半部分，打出来发在此处，与各位分享。据我所知，法霸友第一次打好之后，竟然发生毁灭性错误，以至不得不利用星期天的上午，重新打字。对于法霸友此种精神，本人甚为感佩。法律思想网之有今天，端赖各位网友之爱护和鼎力支持。虽然法霸友拒绝我的感谢，本人还是要在此处做一说明，并献上我的谢意。这个谢意不仅是给法霸友，也是给一直无私支持我的各位朋友。

上传时间： 2002/2/24 文章来源：雅典学园

法官文化的意义与课题（及附文两篇）

——在北京市第一中级法院法官文化研讨会上的发言(2002 年 3 月 1 日)

沈浪注：本文为贺先生在北京市第一中级法院法官文化研讨会上的发言整理稿，感谢贺先生对本站的支持。

最近几年，大家对司法制度和司法改革越来越关注。关注司法问题，就自然会注意到司法官员的问题。因为没有高素质的司法官员群体，就不可能有司法公正，这可以说是今天我们全社会的共识了。一中院能够在这个时候倡导法官文化建设，又专门设立了“法官文化沙龙”，这是很有见地也很有意义的举动。

谈到法官文化，也许首先要了解法律文化这个概念。我们都知道，法律文化研究是在上个世纪六十年代在西方尤其是在美国逐渐兴起的。随着社会科学以及交叉学科的发展，人们越来越清楚地意识到，法律以及法学并不能孤立地研究；任何一个国家的法律制度都和它所处的社会文化环境有着千丝万缕的联系。所谓法律文化研究，就是在一个更加注重历史连续性的进路上，考察特定文化对一国法治形态的影响情况；当然也包括法律以及法律职业反过来对文化的其他方面的影响。这样的研究揭示了法律历史，也告诉我们，要在一个国家建设法治，不能只满足于制定一系列法律，或者满足于按照法治国家的模式建立了法院等机构；在很大程度上，法治的建立正是一项宏大而艰巨的文化事业。

美国当代法学家，斯坦福大学法学院的弗里德曼教授曾对所谓法律制度的构成要素作了一个分析。他认为法律制度是由三块儿构成的，一是法律结构，是指法律中的硬件环境，比如说一个国家宪政架构，法院的设置，还有甚至法官的数量特色。像联邦法院长期以来一直是九个老人审案，当年罗斯福总统推行"新政"，屡遭最高法院抵制，他试图改变定制，增加最高法院法官的数量，但是却发现怎么都变不了。美国人到中国法院来就很难理解我们的最高法院怎么会有数百名法官。这正是法律结构的差异所致。法律制度的第二个构成要素是实体。实体内容是立法规范和司法判决，就是直接影响我们当事人以及更广泛的民众权利和利益的那些规范。第三便是法律文化，即影响法律机制运作的各种"软"因素，例如人们对法律的信仰和态度，对法院和其他法律机构的评价，对纠纷解决模式的选择倾向，包括比方说对死刑的看法，等等。

现代社会，人们之间利益趋向多元，文化也是如此。弗里德曼教授又将法律文化作了一个分类，最值得注意的是外部法律文化和内部法律文化之间的划分，也就是说，法律行内人士与行外人士的法律观念和意识可能很不一样。某项特定的法律是公正的吗？我们问法官和问监狱里的囚徒，结果很可能大相径庭。由没有学过法律的作家写的法律题材的文学作品很可能展示出行外人的法律观。过去的二十年间，美国许多学者推动了一场法律与文学研究运动，其中重要的内容便是研究各种文学作品所显示的法律观。尤其是那些深受民众喜爱的作品，例如我们这里的包公戏，就最典型地反映了中国人对怎样做才是一个好法官或者好的司法模式的界定和期望。这种界定和期望并不简单，戏剧舞台以及小说中的包龙图不仅是公正的"法官"，同时他也是一个外行人，一个不严格依据法律专业知识判决案件的青天大老爷。观众或读者对他的喜爱包含着丰富的法律文化意蕴，对于我们今天的司法改革乃至整个法治建设都会有深刻的影响。

今天，我们的法院对法官文化或者司法文化建设的重视并不是一个偶然事件；法官文化这种提法的出现意味着我们越来越清楚地看到，法官是今天社会中的一个独特的行业。法官与行政官员、立法官员不一样，与社会中的其他行业不一样，甚至与检察官以及律师也不一样。这种差别不仅体现在所管辖或处理的事务方面，更体现在人们处理事务或行使权力所运用的方式、思考和分析问题的方式、语言的风格、外部行为的风格等诸多方面。概括地说，法官之所以称之为法官，正是他们具有这种不同的文化。在法官中培育这样的文化，在更广泛的社会层面上形成一种理解司法职业特殊性、理解司法独立重要性的文化氛围，这样的文化建设工程对于司法改革的重要性可以说是怎么强调都不过分的。

关于法官文化建设的主要课题，请允许我简短的提出几点建议。首先，我们要在法官中也要在社会中强化对于法官这种职业传统的领悟。我们今天的法官并不是一个新兴的职业，在西方具有古老的传统，它有一种深厚的文化积淀。在研究和领悟法官文化时，我们需要了

解从苏格拉底、柏拉图一直到当代的司法传统。例如，为什么柏拉图认为法官应当年纪大一些，为什么西方谚语说“法官老的好，律师少得俏”，这样的观念对法官选任制度以及司法对纠纷的解决产生了怎样的影响？与此同时，我们还需要研究一下中国古典社会在这方面的学说和实践，观察它的效果。有时候法治建设还是离不开我们对自家传统的创造性转化，或者是根据今天的社会需要所作的创造性解释。

第二个课题，法官合理的知识结构和思维方式。有一种说法认为一个法官不仅应当是一个好的法学家，还应该是一个好的历史学家、先知和哲人。这就涉及到法官究竟应当有怎样的知识结构。还有，不同层次的法官所应当具有的知识结构和训练之间的差别也是需要注意的。在一个群体化的职业中，知识的拥有不能仅仅依靠自学，因此，一定程度的高等教育背景对于无论哪个层面的法官都是必要的。此外，法官的知识与技能的修养更是终身性的。美国著名法官和法学家汉德曾经给法官提出了一个应读书目的作者名单，其中不仅包括法律专业的书，还包括许多哲学、历史、文学名著。对这些名著的阅读，会让一个法官不仅充实了知识，深化了对人性的理解，而且提升了人格魅力和道德水准。

第三个课题是法官的职业伦理，他在职业行为和日常行为中应当保持怎样的风范，他与同事、律师、检察官之间应当保持怎样的关系，他跟社会公众以及政治、商业之间的关系应当怎样设定，凡此种种，都需要有仔细的制度和文化设计。去年最高法院推出了我们的法官职业道德准则，我觉得其中的规定是很好的。问题在于我们怎样将其付诸实施，尤其是怎样在中国这个特殊的文化环境中树立法官公正和中立的职业形象。另外，实施这些规则离不开一个合理的惩戒机制，这样的机制又如何设计？这都是需要下大气力研究的问题。

第四个课题是与法庭建设装饰、法官服饰包括法槌等法庭道具相关联的一些制度和文化建设。这些建设就是让当事人和百姓进了法院就感到那里的气氛既亲和又很庄严，也让法官自己感受到司法职业的神圣。近年来，我在全国各地看到许多法院都盖起了庄严而华丽的大楼，法官的审判和办公条件有了长足的改善。这是特别令人欣慰的事情。但是，在法庭的内部风格设计方面，在如何烘托法官的独立性方面，还有一些需要改进的地方。另外，法官的服饰虽然改成了法袍，但那个袍子的式样还是不伦不类，与其说是袍子，不如说是大衣。或许今后还要进一步改造一下。说到这里，我要对我们法庭中的一个现象说一句，就是法庭中的英语问题。在电视上，我偶尔会看到某些法庭在法庭席位上除了标注汉语以外，又在下面写上英文。这虽然对外国人有所帮助，但却不甚妥当，因为法庭代表的是国家的尊严，一定要用本国语言。再说法庭设置具有共通性，全世界范围内，无论是在哪个国家，进了一个正式法庭，谁都知道，在台上正中坐着的那几个人物是法官，居中的是审判长。这是符号化的语言，不必叠床架屋地用英语。

最后的一个课题是对民众的法官文化作深入研究。司法公正的实现高度依赖政府官员和民众良好的法律意识和司法文化。我们需要了解，民众如何看待法院，如何看待法官，他们有怎样的期待，这些期待中有哪些与司法公正的实现相抵触，那些可以成为我们善加利用的资源。建议我们法院的研究室设立这样一个研究项目，用问卷、访谈等多种形式作深入的社会调查，以便使我们的法官文化建设具有更合理的导向。

2002-3-14 12:00:37　发表于[雅典学园]

附《北京青年报》2002 年 3 月 12 日文章：

找到当法官的感觉

只懂法律做不成好法官

整理 / 本报记者 王进

当天在北京一中院首次举办的法官沙龙上，话最多的是北京大学知名的“少壮派”法学教授贺卫方先生。

聆听贺教授的演讲是一番享受。贺教授能用他那独具魅力富有音乐色彩的语调，把枯燥的法学理论展现得绘声绘色，通俗易懂。

贺教授直言时弊的勇气，让人感受到法学理论与百姓的息息相关；使人明了法官文化的终极目标，还是要让百姓体会到司法阳光的暖意。

法律文化能影响法律结果

从文化的角度研究法律，在世界上兴起不过是上世纪60年代后的事情。曾到中国给法官讲过课的美国斯坦福大学福利德曼教授，是法律文化研究领域一位非常重要的人物。他认为法律制度由三大块构成。

一是法律结构，包括法院的设制、审级和法官的数量等，轻易是不被改变的。像美国联邦法院一百多年来都是9位老人（法官）坐堂问案。过去是9位老男人，现在是7位老男人加2位老女人。当年罗斯福总统曾想将最高法院变成15个法官，把自己喜欢的人加进去。这样他提出的新政就容易被通过，因为最高法院总是跟他对着干。但他的想法根本没法实现。因为大家都认为最高法院就是9位法官。美国人以为这方面应该是稳定的，不应轻易变化。二是法律实体，包括各种各样的立法规范和司法判决。三是法律文化，是影响整个法律机器运作的各种各样的道德、宗教观念。这包括人们对法律的信仰、态度，人与人之间发生冲突后愿意用什么样的方法解决以及百姓对法院的评价等等。

由此可见，法律文化是非常能影响法律实际结果的因素。

法官文化会影响司法运作

这位美国学者认为，一个国家里法律文化是多元的。对法律文化进行分类，就涉及到了法官文化。他还特别提出了“外部人和内部人”法律文化概念。

外部人指没搞过法律的人对法律的看法。许多作家虽然没研究过法律，但他们的作品里有他们对法律的看法。文学作品会影响百姓对法律的评价。这种评价又会影响法律的运作。比如近日播出的《大法官》，给老百姓的感觉是法官之外的其他人都是坏人。现今社会上弥漫着司法腐败的说法。有人说司法腐败是最大的腐败。这种观念的产生，跟中国的传统有密

切关系。传统上，中国人对司法公正性的评价，向来以负面为主。中国古典小说里，唯一塑造的好官员就是包公。这样的情况到今天，老百姓打官司时不托个人，心里就不踏实。百姓说："官司一进门，双方都托人"。

内部人的法律文化，指法官、检察官、律师和法律学者对法律的评价和对司法的理解。这时我们会发现，不同国度的法官对司法公正和好法官的理解有很大差别。从这个角度讲，法官文化是一个能深入影响司法制度运作的研究领域。中国的法官袍上有四个金色的钮扣。法院解释说，第一个钮扣象征忠于党，第二个象征忠于人民，第三个象征忠于法律，最后象征忠于事实。这说明我国的政治文化和法律文化是有关系的。

法官文化是社会分工的结果

法院提出建设法官文化不是偶然现象。我们越来越强烈地意识到，法官是一个独立、独特的职业群体。这是社会分工逐渐发育成熟的结果。

我们是一个缺乏社会分工传统的国家。今天案件的审理是由专业法官进行的。中国历史上有包公这样伟大的"法官"。其实包公不是一个法官。他是一个非常复杂的结合体。他相当于现在的市长、人大主任、法院院长、检察院长等官员的结合体。包公的知识结构也不是我们今天所要求的。包公处理案件的标准、方法都很独特。比如他做梦，第二天就知道哪个人是坏人。

中国古代的科举考试，是压制社会分工的一种非常重要的制度。一定程度上对今天还有影响。比如说 1995 年以前，在法官的选任制度上就缺少背景要求。按河北高院一位领导的话说就是，那时法院、检察院是什么训练都不需要就可以进入的行业。此后规定，一个人必须受过大学教育才能成为法官。但直到今天，一些地方法官的选任仍然还存在着这样的问题。这就是不尊重法官职业的独特性和专业化。今天意识到法官职业的独特性，我们才去研究法官文化。

法官文化与社会需求密切相关

第二个推动我们研究法官文化的动力，是中国社会对司法公正的期望。可以说，这种期望有史以来，现今这个时代是最强烈的。

市场经济的建设和社会结构演变的等等因素，使得靠过去那种简单的管理社会的方法不太灵验了。随着我国加入世贸组织，大家更寄希望司法公正能完成调整、解决社会矛盾，化解社会冤情，给社会带来稳定的使命。现在媒体大规模地报道法院发生的事情。不是新闻界喜欢热闹，这是百姓强烈地期望司法公正的表现。为什么老百姓看包公戏会鼓掌，拍案叫好。这反映了一种什么样的文化期望？

司法腐败是一种非常过分的说法。其实很多贪官，如陈克杰、胡长青等都不是司法界的人，但我们没听到如政府腐败这样的说法。社会夸大了司法界的腐败，法院要承受某种压力、委屈。这实际又意味着百姓对法院的期望更高了。百姓希望法院能在这个社会转型期时代，挑起解决社会纠纷，实现社会正义这样一种重大的社会使命。

如果我们说法官文化跟司法公正、整个司法运作有非常密切的关系的话，研究法官文化是与社会需求密切关联的。

国外法院为何不搞年轻化？

法官在西方国家是一个古老的职业。我们要强化对法官职业传统的领悟。国外传统认为法官年龄应该大一些。他们说："法官老的好，律师少的俏"。国外法官退休年纪都比较高。英国是 75 岁。为什么会形成这种传统？为什么国外不在法院里推行年轻化？我们动不动就搞年轻化。法院院长都是 40 多岁。美国法院院长都在 60 岁以上。我们 60 岁以上的法官就退休了。许多人感觉这是对司法资源的一种浪费。一个人的记忆力年轻时也许非常好，但解决纠纷、处理案件需要年龄大一些的法官。当然还应研究中、西方司法文化传统，以及法官文化的巨大差异。这种差异会怎样影响今天法官的行为和法官制度的建设。

只懂法律做不成好法官

法官合理的知识结构是什么？这是一个值得反复思考的问题。法官判案肯定要调动不同的知识。法官需要经过严格的法律训练，知道法律的推理，运用逻辑去强化判案的正当性。法官还需不需要懂点别的东西？

一个只懂法律的法官，肯定做不成一个好法官。国外一位大法官认为，一个好的法官不仅应当是一个好的法学家，还应该是一个好的历史学家、一个好的先知、一个好的哲人。我们一些法官判案，已经不仅仅看到法律本身的东西，还看到了社会的需求。一位法官在判决一起学生诉高校的案件时，不仅就法律论法律，还看到了司法权与高等教育之间的一种关联，看到了如果把高等教育这样的一个主体，放到行政诉讼之外会带来的问题。

美国一位著名法官曾经推荐过一个书目，其中包括但丁、莎士比亚等的文学作品。他说，如果法官不读这些书的话，就不会对社会有很合理、健康的理解。

法官要牺牲常人享受的娱乐

选择法官这个职业要付出相当大的代价，要牺牲掉常人经常享受的一些娱乐。比如不到公共场所唱卡拉 OK。这样的行为公众会认为法官不大严肃。

哪些规则是法官的职业伦理？把法官不得收受贿赂作为职业伦理，是很荒唐的。收受贿赂是犯罪，不是职业伦理。解决法官的职业伦理有很多问题。法官为什么应避免司法拖延？司法拖延有什么弊端？法官为什么要在日常行为和执业中，保持应有的庄重和严肃？法官为什么要远离商业生活？这都是因为，司法活动要给公众带来一种不偏不倚的感觉。没有了这种感觉，就没有了人们对司法的依赖和对司法权的服从。

上个世纪 80 年代，一位美国老法官来到中国。中方接待人员希望他在中国搞一个模拟法庭。老法官说："不行，搞不了"。中方人员问："为什么？"老法官说："我没带法袍。"中方人员说："我们都知道您是法官。你演示美国法官是怎么开庭的就行。"老法官还是说："不穿法袍，我不认为我是一位法官，找不到做法官的感觉。"最后，老法官的太太连夜给他做了一件法袍。第二天这位老法官坐到模拟法庭上时，才觉得自己是一位法官，找到了当

法官的感觉。

另外，我建议我们国家的法院轻易不要使用英文。司法象征着国家的尊严，所以一定要用本民族语言。汉语是联合国官方语言之一。我们应以使用汉语为荣，否则就是一种殖民习气。

http://www.bjyouth.com.cn/Bqb/20020312/GB/4915%5ED0312B2317.htm

附人民法院报于 2002 年 05 月 31 日发表的文章：

法官文化的意义与课题

贺卫方

谈到法官文化，也许首先要了解法律文化这个概念。法律文化研究是上个世纪六十年代在西方尤其是在美国逐渐兴起的。所谓法律文化研究，就是在一个更加注重历史连续性的进路上，考察特定文化对一国法治形态的影响情况；当然也包括法律以及法律职业反过来对文化的其他方面的影响。这样的研究揭示了法律历史，也告诉我们，要在一个国家建设法治，不能只满足于制定一系列法律，或者满足于按照法治国家的模式建立了法院等机构；在很大程度上，法治的建立正是一项宏大而艰巨的文化事业。

美国当代法学家，斯坦福大学法学院的弗里德曼教授曾对所谓法律制度的构成要素作了一个分析。他认为法律制度是由三块构成的　一是法律结构，是指法律中的硬件环境，比如说一个国家宪政架构、法院的设置，甚至法官的数量特色。像美国联邦法院长期以来一直是九个老人审案，当年罗斯福总统推行“新政”，屡遭最高法院抵制，他试图改变定制，增加最高法院法官的数量，但是却发现怎么都变不了。美国人到中国法院来就很难理解我们的最高法院怎么会有数百名法官。这正是法律结构的差异所致。法律制度的第二个构成要素是实体。实体内容是立法规范和司法判决，就是直接影响我们当事人以及更广泛的民众权利和利益的那些规范。第三便是法律文化，即影响法律机制运作的各种“软”因素，例如，人们对法律的信仰和态度，对法院和其他法律机构的评价，对纠纷解决模式的选择倾向，包括对死刑的看法，等等。

现代社会，人们之间利益趋向多元，文化也是如此。弗里德曼教授又将法律文化作了一个分类，最值得注意的是外部法律文化和内部法律文化之间的划分，也就是说，法律行内人士与行外人士的法律观念和意识可能很不一样。某项特定的法律是公正的吗？我们问法官和问监狱里的囚徒，结果很可能大相径庭。由没有学过法律的作家写的法律题材的文学作品很可能展示出行外人的法律观。过去的二十年间，美国许多学者推动了一场法律与文学研究运动，其中重要的内容便是研究各种文学作品所显示的法律观。尤其是那些深受民众喜爱的作品，例如我们这里的包公戏，就最典型地反映了中国人对怎样做才是一个好法官或者好的司法模式的界定和期望。这种界定和期望并不简单，戏剧舞台以及小说中的包龙图不仅是公正的“法官”，同时他也是一个外行人，一个不严格依据法律专业知识判决案件的青天大老爷。观众或读者对他的喜爱包含着丰富的法律文化意蕴，对于我们今天的司法改革乃至整个法治

建设都会有深刻的影响。

今天，我们的法院对法官文化或者司法文化建设的重视并不是一个偶然事件，法官文化这种提法的出现意味着我们越来越清楚地看到，法官是今天社会中的一个独特的行业。法官与行政官员、立法官员不一样，与社会中的其他行业不一样，甚至与检察官以及律师也不一样。这种差别不仅体现在所管辖或处理的事务方面，更体现在人们处理事务或行使权力所运用的方式、思考和分析问题的方式、语言的风格、外部行为的风格等诸多方面。概括地说，法官之所以称之为法官，正是他们具有这种不同的文化。在法官中培育这样的文化，在更广泛的社会层面上形成一种理解司法职业特殊性、理解司法独立重要性的文化氛围，这样的文化建设工程对于司法改革的重要性可以说是怎么强调都不过分的。

关于法官文化建设的主要课题，请允许我简短地提出几点建议。首先，我们要在法官中也要在社会中强化对于法官这种职业传统的领悟。我们今天的法官并不是一个新兴的职业，在西方具有古老的传统，它有一种深厚的文化积淀。在研究和领悟法官文化时，我们需要了解从苏格拉底、柏拉图一直到当代的司法传统。例如，为什么柏拉图认为法官应当年纪大一些，为什么西方谚语说“法官老的好，律师少的俏”，这样的观念对法官选任制度以及司法对纠纷的解决产生了怎样的影响？与此同时，我们还需要研究一下中国古典社会在这方面的学说和实践，观察它的效果。有时候法治建设还是离不开我们对自家传统的创造性转化，或者是根据今天的社会需要所作的创造性解释。

第二个课题，法官合理的知识结构和思维方式。有一种说法认为一个法官不仅应当是一个好的法学家，还应该是一个好的历史学家、先知和哲人。这就涉及到法官究竟应当有怎样的知识结构。还有，不同层次的法官所应当具有的知识结构和训练之间的差别也是需要注意的。在一个群体化的职业中，知识的拥有不能仅仅依靠自学，因此，一定程度的高等教育背景对于无论哪个层面的法官都是必要的。此外，法官的知识与技能的修养更是终身性的。美国著名法官和法学家汉德曾经给法官提出了一个应读书目的作者名单，其中不仅包括法律专业的书，还包括许多哲学、历史、文学名著。对这些名著的阅读，会让一个法官不仅充实了知识，深化了对人性的理解，而且提升了人格魅力和道德水准。

第三个课题是法官的职业伦理，他在职业行为和日常行为中应当保持怎样的风范，他与同事、律师、检察官之间应当保持怎样的关系，他跟社会公众以及政治、商业之间的关系应当怎样设定，凡此种种，都需要有仔细的制度和文化设计。去年最高法院推出了我们的法官职业道德准则，我觉得其中的规定是很好的。问题在于我们怎样将其付诸实施，尤其是怎样在中国这个特殊的文化环境中树立法官公正和中立的职业形象。另外，实施这些规则离不开一个合理的惩戒机制，这样的机制又如何设计？这都是需要下大气力研究的问题。

第四个课题是与法庭建设装饰、法官服饰包括法槌等法庭道具相关联的一些制度和文化建设。这些建设就是让当事人和百姓进了法院就感到那里的气氛既亲和又很庄严，也让法官自己感受到司法职业的神圣。近年来，我在全国各地看到许多法院都盖起了庄严而华丽的大楼，法官的审判和办公条件有了长足的改善，这是特别令人欣慰的事情。但是，在法庭的内部风格设计方面，在如何烘托法官的独立性方面，还有一些需要改进的地方。另外，法官的服饰虽然改成了法袍，但那个袍子的式样还是不伦不类，与其说是袍子，不如说是大衣，或许今后还要进一步改造一下。说到这里，我要对我们法庭中的一个现象说一句，就是法庭中的英语问题。在电视上，我偶尔会看到某些法庭在法庭席位上除了标注汉语以外，又在下面

标注了英文。这虽然对外国人有所帮助，但却不甚妥当，因为法庭代表的是国家的尊严，一定要用本国语言。再说法庭设置具有共通性，全世界范围内，无论是在哪个国家，进了一个正式法庭，谁都知道，在台上正中坐着的那几个人物是法官，居中的是审判长。这是符号化的语言，不必叠床架屋地用英语。

最后的一个课题是对民众的法官文化作深入研究。司法公正的实现高度依赖政府官员和民众良好的法律意识和司法文化。我们需要了解，民众如何看待法院，如何看待法官，他们有怎样的期待，这些期待中有哪些与司法公正的实现相抵触，哪些可以成为我们善加利用的资源。建议我们法院的研究室设立这样一个研究项目，用问卷、访谈等多种形式作深入的社会调查，以便使我们的法官文化建设具有更合理的导向。

（作者系北京大学法学院教授、博士生导师）

http://www.rmfyb.com.cn/public/detail.php?id=37494

上传时间： 2002/3/13 文章来源：雅典学园、北京青年报、人民法院报

法官与大众传媒

英国以及英国传统影响下的一些国家和地区法律制度的一个重要特点，是法官在整个法律家阶层里享有最崇高的地位。在美国，联邦最高法院拥有对联邦宪法最终的解释权以及宣布议会制定法违宪的权力；所谓“九个老男人”（Nine old men）－－现任大法官中已有女性——在整个国家政治事务中具有举足轻重的影响。联邦法官并非民选产生，又终身任职，于是一些人不免对法官们享有如此巨大的权力有所疑虑，有人还特别为这种统治形态造了个新词，认为美国的政体并非平民之治（democracy），而愈来愈成为法官之治（judgeocracy）了。

法官的地位高，影响大，但是他们在平常的生活中却很不愿意抛头露面。你很少能看到法官面对电视记者的摄像机侃侃而谈；报纸常对法官的判决意见加以报道和评论，不过法官自己亲自对媒体发表意见的情况却不太常见。甚至，一些著名法官对大众传媒压根儿就不关注。英国上诉法院院长丹宁勋爵就承认他平常不大看报；担任大法官到 91 岁高龄的霍姆斯更是以不读报而著称——好在美国的最高法院不组织大法官们集体学习报纸。英国人潘尼克（David

Pannick）在他关于法官的书里曾专门谈起法官们对待媒体以及大众的矛盾心情：一方面他们不愿意为大众所了解，希望只是做孤独的圣徒一般的角色；另一方面，他们又认为大众传媒中对法官以及司法活动的描写和评论充满了误解和曲解，应当澄清却又不知从何做起。

法官不仅仅不太乐于跟媒体交往，而且不少国家还对于媒体对司法活动的报道设置了种种制度性的障碍。例如，传统上记者对法庭活动只可以进行文字报道，摄影通常是被禁止的。

我们看到西方报章对于法庭审理案件的报道，所配的图片总是法庭速写师所提供的速写画。轰动一时的辛普森刑事审判全过程均由电视现场直播，这在美国的司法史上是相当例外的事件，而且这种直播也引起了一些争议。反对者认为电视直播给法官带来了异乎寻常的压力，因而是弊大于利的做法。另外，法院还严格禁止新闻媒体对于法院尚未审结的案件作出带有暗示或明显倾向性的报道或评论。黑格先生因涉嫌杀人被捕，英国某法院正待审理，《每日镜报》忽然出现大字标题——“杀人犯被逮捕归案”，并报道说黑格已被指控杀人，且交代其他案犯，供出死者姓名云云。首席法官戈达德勋爵怒气冲天地说：“没有比这更可耻的事情了。应该惩罚他们。”结果，《每日镜报》被罚款一万英镑，当天的值班编辑蹲了三个月的班房。惩罚之后，戈达德勋爵还不依不饶地说：“让那些编辑们小心，如果再发生这类事情，法律还会制裁他们，让他们明白，法律的力量是强大的。”

上面所谈种种似乎流露出司法权过于专横和封闭的一面。其实，在现代民主政治下，司法过程是相当公开的。例如，任何人要进入法庭旁听某个案件的审理都是可以的，除非案件审理涉及个人隐私、国家机密等情节。报章对于案件及法院的审理过程当然可以报道，只是不可带有倾向性，因为那很可能给司法机关或法官招致不应有的压力，从而使报章而不是法院成为案件的裁判者。丹宁勋爵说得好：“我们决不允许法院以外的‘报纸审讯’、‘电视审讯’或任何其他大众传媒的审讯。”大众传媒对于已经审结的案件当然可以发表直言不讳的批评，可以对被法院长期拖延的案件作出评论，可以对法官的违反司法伦理甚至腐败的行为加以揭露。无论如何，传媒对司法权的监督以及公民通过传媒的表达自由和言论自由是社会中更重要的价值，理应得到更妥善的维护。其实，设计合理的法律制度和社会制度常常不过是在不同价值、不同利益之间保持一种较为合理的平衡而已。

至于法官以及法院在平常保持与大众传媒之间一定的距离，那倒有着制度上的合理性。司法是相当特殊的一种职业，它对经验有高度的依赖，因为经验可以帮助法官洞察各种案件所涉及的人情世故，这样，法官就需要有大量的时间总结前人和自己的经验；它具有对学识的要求，因为所谓司法无非是对纠纷作出具有说服力的解释和解决，于是法官便必须不断地充实自己，强化知识和道德的修养；司法又是一种强调消极性的职业，法官应时时注意自己的言词与行为，不使当事人与社会疑心法官的偏见影响司法过程及结果；最后，独立性又是司法的首要准则。所有这些，似乎都要求法官不必过于关注媒体，更不消说积极地在媒体上出头露面。否则，时间与精力大量地投入不说，频频表达自己的观点不免言多有失，不留心就会把个人的偏见和肤浅暴露于大庭广众之下；而太关注媒体也容易受到媒体的控制，把法院投进社会的同时也把社会拉进了法院。所谓独立审判，恐怕已无从谈起了。

“真人不露相”，民谚如是说。

原载《南方周末》1998 年 1 月 9 日。

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《运送正义的方式》

法官职业化是法治现代化的重要标志

by 贺卫方、郑成良等

——“法官职业化专家论坛”实录

贺卫方　北京大学法学院教授、博士生导师
郑成良　国家法官学院副院长、教授、博士生导师
信春鹰　中国社科院法学所副所长、研究员、博士生导师
王晨光　清华大学法学院院长、教授
张志铭　中国社科院法学所研究员、博士生导师
傅郁林　北京大学法学院博士后
姜联润　本报副社长

编者按

９月１９日，本报理论部邀请了贺卫方、郑成良、信春鹰、张志铭、王晨光、傅郁林等知名法学专家，就最高人民法院今年提出的“加强法官职业化建设”进行专题研讨。专家们围绕法官职业化的几个主要方面，提出了许多真知灼见。当然，专家们的意见也是见仁见智，但我们可以从中得到很大的启发，对今后推进我国法官职业化建设会有所帮助。为此，我们对法学专家们积极关心我国法院改革的热忱深表谢意。现将讨论内容在今后三天的第三版整理刊发。

主持人　姜联润：

今年最高人民法院作出了“加强法官职业化建设”这一重大战略性决策，产生了很大的影响，各界一致认为是抓到了法院工作和队伍建设的主要矛盾。但对法官职业化的社会意义、基本要求、实现途径、制度保障等主要内容，有些还不是很清楚。以前有过一些文章触及到其中的一些问题，现在本报请在座的各位法学专家对上述问题进行系统地论证。本次论坛设６个议题，每个议题由一位专家主讲，其他专家评议，以使讨论更加全面、深入。希望专家们畅所欲言　把法官职业化的一些主要方面论证清楚。

我国法官职业化的社会意义

主讲人　贺卫方：

前不久，最高法院提出法官职业化，这是一个非常具有社会意义、职业意义的命题。现在讨论这一话题是非常及时的。“法官职业化”具有足够的包容性和统摄力，内容相当丰富，包括近年来推进司法改革的种种举措，其目的和成效是否恰当，都可以之衡量。目前，全国法院系统都在反复思考和研究，并且化为行动，而且各省、市的党政领导也讲到了它在法治

建设中的重大作用。但一个命题并不意味着一场深刻的社会运动，更不意味着人们对此有准确、合理的理解。我注意到，如果把当前一些流行的东西都纳入进去，法官职业化就会成为一个“筐”，从而使得本来具有的革命性失去其应有的意义。

法官职业化是社会发展到一定程度的产物，是社会劳动分工的结果。随着社会的复杂性、利益的多元化以及社会关系调整中的专业化，人们逐渐认识到社会要有分工。而分工又使得知识也被分化，在今天的社会，大家因教育背景的不同而拥有的知识也是不同的，甚至会导致我们交流、勾通的困难，但专业的分工的确使社会调整更为合理、有效。今天我们提出法官职业化，意味着越来越多的人已经清楚地意识到法官是一个独特的职业。

要讲法官职业化的社会意义，离不开对它本身含义的阐释。我认为法官职业化至少有六点含义：

第一，法官要严格遵循法官职业的决策传统作出决策。几千年前，古罗马人创造了非常辉煌的法律文明，形成了独特的法律语言、概念体系和决策传统，对后世影响巨大。由它延伸出的大陆法系和英美法系中，法官职业的决策跟政治、道德、宗教等其他职业有明确的界分。法官的专业化不过是法律知识专业化的产物，专业的法律知识需要专业的人来操作、解释、适用。

第二，法官职业准入应有独特的标准。法官职业的准入，最重要的是看专业水平是否符合法官职业的要求，是否具有必要的职业训练。当然，道德的考量也是一个重要因素。

第三，法院内部管理应职业化。最高法院将法院内部管理的非行政化作为改革目标。但非行政化是什么意义，它对于我们法院内部的官职以及机构设置、不同机构之间的职权关系、法官与院庭长之间的关系、法官的等级设置等有怎样的影响？这几年，这项改革没有太大的进展，我认为，原因在于我国的整个管理模式强调核心观念，“一把手”的观念根深蒂固，法院的管理也很难走出这个窠臼。今后，我们必须下大力气，研究怎样的管理才是非行政化的模式，以推进法院内部管理的职业化。

第四，法官行为模式应职业化。在人们的心目中，对法官的行为有特殊的要求。西方法官的行为已形成了独特的色彩，好像是孤独的圣徒。当然，上下层法官的行为模式是否一样，也值得研究。

第五，以职业化的方式来推进经济收益。波斯纳说过，对经济利益的追求，未必只会导致利欲熏心，它也可能使得一个职业追求良好的行为和“产品”。通过职业化，向社会论证其职业是独特的，加大没有进入这个职业的人对本职业的依赖。而专业化有助于提高服务质量，比如医生、律师就需要执照，就是质量的保证。

第六，对法官职业化的代价的清醒认识。法官职业化并不意味着一种完美无缺的境界，也不是无需付出代价就能获得的收益。推行法官职业化，可能要牺牲一些东西。如西方国家在法律获得独立后，法律精英阶层建立起来，法学越来越发达，法律程序越来越严密，但独立可能意味着孤立，司法推动社会发展的主动精神不能时时表现出来，法律界愈发成为一种保守的力量。

下面我再从社会意义上谈一下推行法官职业化可能存在哪些困难。

第一，我国是一个长期没有现代意义上的法官职业的国家。我国古代科举考试的传统，使文人与官员合一，导致官员决策不精确，缺少现代司法所要求的层层剥笋、严密推理、遵循形式逻辑等。没有发达的法律解释技术和机制，依法治国是不大可能的，因为不是仅仅引用某个法律条文就是依法办事。每个社会要推行法治，都难以摆脱传统的影响。而我国几千年来非法治的传统导致民众的观念在许多方面与现代司法距离很大。法官职业化可能与民众想像或希望并不一致，这可能会造成民众的疏离甚至抵制。

第二，民主制度可能会成为一种阻碍。法官职业化，一定程度上意味着法官的精英化。法官不是民意代表，任何国家在推行法官职业化的过程中，都会造成与民主制度之间的紧张关系。对此没有一个完美的解决办法，没有一个地方的司法领域既有很好的民主，又有很好的专业化司法操作。司法如果过分顺从民意，其后果常常是很可怕的。

第三，市场经济可能会成为阻碍。市场经济本身是推进法治的，但可能因追逐利润而不讲伦理。对法官职业化来说，职业化要体现独特的职业伦理，一定有崇高的一面，要超越世俗和平凡。这样，建构法官职业伦理的支撑在哪里？

第四，在意识形态方面，我国儒家传统思想是追求一个没有法官的社会。法官是与社会弊端相连的，很难想像法官职业有着辉煌的前景。这可能会造成我们推行法官职业化中的一种解构因素。

信春鹰：

法官职业化的提出，开了个先例。我国的职业向来是界限模糊，提出职业化概念，在我看来才是真正有了现代化的意识，因为现代化有一个指标，就是专业化分工要清晰，职业训练要严格。这样才是一个专业的社会、现代的社会。

现在提出法官职业化是适逢其时，因为中国的社会、经济、文化、心理需求，已经成熟到需要一个职业化的法官群体。一般说来，一个职业的形成需要诸多社会条件，其中最重要的是社会对专业化知识的需要。而社会对于专业化知识的需要又是和社会成员的认识能力相适应的。回过头来看法官职业的发展历史，在人类早期不需要专业的法官，有了纠纷，找个有威望的长者调处就可以了，而现代社会复杂多了，涉及到复杂的专业知识，就分离出专业的法官。法官的使命就是裁决社会纠纷，裁决的范围多大、如何裁决，或者说法官是否能够以职业的身份来彻底完成自己的职业分工，也是现代化的一个标志。实现现代化，从孙中山开始就作为目标，但从社会分工上如何实现现代化则一直不受重视。社会分工的界限不清，导致社会资源的浪费，也与现代化的技术指标相冲突。

最高法院提出了法官职业化的目标，将其作为法官队伍建设的一项重大的、长远的战略性措施，这是一个突破，是法官自我意识和社会角色意识强化的结果。有意识比没有意识要好，但光有意识是不够的，必须要进行制度改革。法官不是官，是一个职业，有自己的职业标准和规则，从这个角度来看问题，可能困扰司法改革的很多问题都能够解决了。

王晨光：

职业化是现代化的必然要求和趋势。职业化意味着以专门从事某类工作为业的人们形成独特的知识、技能、工作方法、生活方式以及专门思维模式的趋势。法官职业化意味着以专门解决社会纠纷和独立行使国家审判权为其工作的法官所形成的独特的专门知识、技能、工作方法、行为方式以及专门思维模式的趋势。

法官职业化的问题并非仅仅是个学术问题，而是一个实实在在的现实问题，对于我国正在深入开展的司法改革具有深远的影响。其意义又不仅在于对法官的职业素质和任职资格提出了更高的标准，而更在于打破了我国自古以来司法与行政混为一体的传统和司法行政化的体制，对于我国司法制度的现代化和司法权的独立将起到积极的推动作用。

法官职业化不是由法官的官方地位决定的，而是由法官工作的性质决定的。首先，其行使的权力重大独特。法官代表国家独立行使国家审判权，分辨曲直，扬善除恶，保障人权，制约强权，其责任重大。因此，必须由具有较高素质的职业人员来行使。其次，作用和功能特殊。法官审理的案件都是一般人无法自行解决的较为复杂和严重的问题。他们是社会冲突的最后防卫者、治疗社会弊病的医生、解决社会矛盾的裁判者。在一定意义上，一个社会普遍信赖的有效的司法机构是一个社会的减压阀，它对于社会的自我完善和良性发展具有不可替代的作用。第三，独特的素质要求。司法工作需要独特的知识结构、能力、经验、深厚的法律知识功底、精湛的法律思维方式和丰富的司法经验，需要具有高度的道德人品素质。

但正如任何事物都具有两面性一样，法官职业化也不能绝对化。司法途径是解决社会纠纷的一个最重要的机制，但毕竟不是惟一的机制。因此，司法不能脱离现实社会，法官的职业化也不能不考虑其社会化的一面。国外一些使非职业人员参与司法过程甚至行使某种司法权的制度，如陪审团制度、治安官制度和非职业法官制度，以及在正式的司法程序中引进调解等非诉讼机制的做法，值得我们认真研究。针对我国发展极不平衡的现状，法官职业化恐怕不能搞成完全整齐划一的法官体制，而应当考虑如何使职业化的法官植根于社会和民主之中，特别是在基层法院和派出法庭中如何使职业化与社会化结合的问题。

傅郁林：

社会分工不断细化是社会进步的标志。正如人口的增长和劳动的复杂化促使劳动的进一步分工一样，当案件数量的增长和纠纷的复杂化达到一定程度时，司法就从政治、道德、文化等其他事业中独立出来，成为一种专门的职业，这一点本来不需要做更多论证。但是，为什么讨论司法独立和法官职业化就如此困难？原因大概在于法官的职业化不仅意味着有一个专门的职业通过自己制造的产品来分享社会利益，更意味着有一个职业群体要主宰着所有人的命运，对社会利益进行再分配，因此阻力就特别大。然而，也恰恰因为如此，法官职业化对于整个社会的意义才更加重大，更需要全社会的关注和支持。司法机关的任务按照社会多元价值需求提供充分的司法服务，生产符合要求的司法产品，那么，无论从司法公正还是司法效率的目标来看，都必须实现法官职业化。公正无非是要求保障判决的正确性，没有专业的法律技术，正确适用法律是无法保证的；从效率的角度看，法官职业化的意义就更为明显，一个专业熟练的工人比不熟练的工人效率肯定要高得多。我们不必回避，一个行业推行职业化有其自身的利益驱动，但从根本上看，我们要强调社会公益性，而且从法官职业化的效果上来说，受益的还是整个社会。

张志铭：

法院和法官行使的是国家公权，但要证明司法权行使的正当性，仅从权力角度是不够的，也要有民间和社会的视角。这些年，司法改革的压力很大程度上是来自于社会大众，司法权不得不面向民众，于是产生了职业化的要求。这刚好与中国２０多年改革的总体取向是一致的，即从计划经济到市场经济、从国家一统到国家和社会的二元建构、从意识形态统制到自由开放的讨论。中国的司法今后要获得更好的发展，其根基不能仅依托国家权力，不能只是说“我是法官，我有权这样判”。政制改革，司法为先。在所有国家机构中，法院最先真正遇到这样的正当性证明问题，因而明确提出了法官职业化的要求。

从提出法官职业化的社会意义来看，近些年来，对司法改革的总体取向人们已经有了越来越多的共识。这就是在法院内部管理上的非行政化，在法院外部关系上的非地方化（也可以在中央的层面来理解），以及在法官队伍建设上的职业化。这实际上涉及了司法独立这一最基本的司法理念的三个方面：一是法官独立问题，即裁判独立和身份保障；二是法院内部的独立，不能用行政的那一套来构建法院内部关系；三是法院作为一个整体在与外部关系上的独立问题。这样说来，司法改革的总体思路就清楚了。在司法改革的这三个指向中，目前明确提出的是法官的职业化，其意义是显而易见的，也回应了当前社会对法官职业的期待。

当然，职业化也不是包医百病的灵丹妙药，卫方教授讲了许多困扰，不少确是我们的共识。比如，缺乏法律文化传统的问题，我国古代判案注重情、理、平常心一类的东西，不强调法律的专精化要求，这种影响至今依然很大。因此，提法官职业化，可能会面临法律文化上的无根问题。再如，民主制度问题，从西方法治发达国家的情况看，法官职业化意味着法官专精化，伴随的危险是脱离民众。

贺卫方：

如果我们对照古希腊的民主司法模式，就会发现，现代西方国家的法律职业化大多并非纯粹民主的逻辑，司法权经常是平衡由民主产生的国家权力的一种专业化权力。

张志铭：

传统的民主奉行的是少数服从多数，发展到现在，则出现了保护少数的原则要求。而保护少数的责任，很大部分就落在了法院身上。

职业化要朝专精化方向发展，但从域外的司法改革看，也要克服由此带来的脱离社会、脱离民众的现象。要顺应时势，强调与民众、与社会亲和。就此说来，一方面是为民众直接参与和主导司法提供途径，如陪审、选举法官等；另一方面则更应该强调司法如何向民众开放，为社会服务。这两方面要兼顾，尤其要注意后者。

市场经济的发展，使法律职业面临商业模式与职业模式的冲突问题。把效率作为司法的目标，使成本效益的考量进入司法裁判的实践，对法官的职业伦理等许多方面的确都会带来冲击。

法官职业化的基本要求

主讲人　张志铭：

法官队伍建设是我国司法改革的一个重要方面，“法官职业化”则是对法官队伍建设方面已有的改革和将有的发展的一种概括、清理和规定。对于我国法官职业化的基本要求，最高法院已经有了非常明确的概括，即：法官职业化的基本要求，主要表现在法官不同于其他国家公务员的独特的职业意识、职业技能、职业道德和职业地位。这四个方面的要求具体表现为“七条标准”，即职业准入、职业意识、职业道德、职业技能、职业形象、职业保障和职业监督。

我完全赞成这样一种富有针对性的概括。我要强调的是：法官职业化既是我国司法和法制改革中的一种实践，也是现代法律职业理论的一个重要方面；尽管在外在表述方面有所不同，但就内在精神而言，我国的法官职业化改革实际上是也应该在关照法律职业理论的基础上展开的。法律职业理论是现代法治理论的重要组成部分，它在总结和概括法治发达国家职业实践经验的基础上，从法治社会的基本要求出发，系统地揭示了法律职业的内在机理和外在联系。按照法律职业理论的阐述，在现代法治社会，包括法官、检察官、执业律师、大学法律教师等在内的法律职业是一类必须具备特殊品质的专门职业。这种品质植根于一代代法律人的努力而积淀的职业传统，并经由长期的法律学习、法律训练和法律实践而悟得，其要求既体现于对职业本身的要求，也体现于对职业环境的要求。

概括说来，法律职业的品质要求可以分解为职业能力、职业精神、职业自治和职业声望这样有机联系的四个方面。职业能力是指法律职业者须掌握专门的法律知识和技能，并以此作为自己的力量源泉；职业精神是指法律职业者须致力于社会福祉，以自己掌握的专门知识和技能为社会大众服务；职业自治是指法律职业者须拥有各种重要的自主、自律的手段，实行不同程度的自我管理；职业声望是指法律职业者须为社会所尊重，享有良好的社会地位。它们之间的有机联系在于：职业能力使法律职业握有影响社会的强大力量，职业精神使法律职业具有高尚情操，而职业能力和职业精神的结合，又使法律职业在社会中享有令人羡慕的自治“特权”，进而赢得为社会其他成员所尊崇的崇高职业声望。因此，法律职业就是经过系统的学习和训练而掌握专门的法律知识和技能、以服务社会大众为志业、享有良好社会地位的自主、自律的社会群体。

法官应该是法律职业中的佼佼者，“法官职业化”包含了对法官在职业能力、职业精神、职业自治和职业声望等方面更高的品质要求。而在这诸多方面的要求中，法官为社会谋福祉、为公众服务的职业精神，可谓至关重要。因为法官作为国家司法权的载体，尽管其职业能力使他们掌握了影响社会的强大力量，但只有将这种力量与法官为民众谋福祉、为社会担道义的高尚职业精神相结合，法官职业才可能与社会大众具有亲和力，才有可能在社会中求得充分的身份和物质保障，并在司法独立的意义上获得令人羡慕的自治“特权”，进而赢得为社会大众所尊崇的职业声望。法官职业与其他任何法律职业一样，尽职尽份、理想崇高，是自己安身立命、兴旺发达的根基所在；一旦根基缺失或腐烂，就不会有社会信用，就不会有与社会大众的亲和力，就必然蜕变为借自己的法律知识和技能、以及在制度上拥有的便利一味谋私的利己群体。

“法官职业化”是一个富有理论内涵的命题。通过对这一命题内在要求及其逻辑联系的阐发，就能够比较全面地揭示和把握在一个法治社会中法官职业所应有的各项品质，借鉴和吸取域外法治发达国家和地区法官职业化进程中的经验和教训；就能够提升或重新诠释我国社会对法官职业品质的旧有界定，很好地确定、引导和整合法院系统眼下和今后在队伍建设上的诸多改革举措。

贺卫方：

国家不能够垄断所有的公权力，而司法这样一个公权力，恰好不仅仅要强制力作后盾，更重要的是它必须去寻找一种更坚实的根基，而这个根基就是志铭谈的职业化的四个方面的要素，这在逻辑上有一种很好的关联，具有很好的说服力。但我还是有一些困惑，在这样的一个追求职业化的过程中，我们似乎还没有看到中国和西方之间的区别。也就是说，这样的一个现代化的法制理论，包括法律职业化的理论，它是西方来的，西方的理论在一定程度上是对西方的经验的一种总结和升华。我们不知道依照这样的一套现成的理论往前推是否就能有效地解决中国的问题。我的第二个困惑是：志铭试图协调这样的民主主义和职业主义，这样的一种努力当然是非常可贵的，而且在推进法官职业化过程的伊始我们就重视这样的问题是有好处的。但我想比较困难的问题是：民主本身它有它的合法性根基，人民接受民主也需要有一个过程。我们固然可以从一般意义上来说，为人民服务应当成为司法题中应有之义，但是，怎么服务？用怎样的方式？比方说，台湾苏永钦教授提出来，判决文书不能够搞半文半白的，过分的专业，法言法语看起来非常脱离人民，人民看不懂判决。后来，他就自己身体力行，把一个判决书翻译成白话文，他认为这样也很好。但我的疑问是，这样的做法会不会以丧失司法决策的严格性、精确性为代价？因为法律概念并不是偶然的，比如善意买受，我们不可以随便用一大堆的话来解释，那就丧失了它的一种精确性。一个法律职业集团，如果它追求的更多的是职业准入非常严格，他的行为方面不积极回应社会的要求，他们是消积的、中立的，这时候是不是反而会造成一种更好的司法产品，或者说更好地为人民服务？而过分地、一味地一开始就要服务，就要让你喜闻乐见，反而不利于司法为人民服务。

信春鹰：

刚才讲到经验视角和逻辑视角的问题，我觉得前两个问题概括得特别准。但是，关于他讲的这四点，在中国现代化社会里它意味着什么，我觉得这些问题是特别复杂的，不是说有几个概念或者说用一套逻辑思路就能完全涵盖的。比如说讲职业能力的问题，在大都市我们讲法官的职业能力，我们脑子里可能一下就想到美国的法官、英国的法官是怎样的职业能力、职业背景，我们的法官好像就应该以这些为参照。但如果我们看我们３０００多个基层法院，职业能力是完全不同的，标准也是不同的，如果按照我们现在倡导的这种一体的专业标准的话，这些地区的法院怎么办？我觉得这是一个现实的问题。和这个相关的问题是，职业化实际上是要塑造专业的、职业的、正式的司法机构，但中国实际上还是一个乡土社会，这个社会的大多数，他们对职业化的理解，或者说法官职业化能够给他们带来什么利益，这些问题也是我们要考虑的。

张志铭：

我作一点回应。理论上最周全、也最有说服力的常常是折衷的理论，但折衷的理论往往是最缺乏可行性、操作性的理论，因为行动永远是以抉择为前提的。我们现在实际上已经借

鉴了很多西方的观念，它们实际上是一整套的东西，甚至是物化了的东西。至于中国社会的法律职业如何体现中国自己的特点，这个问题实际上是可以分解地加以回答的。所谓的中国特色，它应该是一种实践的感觉，是一个不断界定、不断定义的一个过程。我们在运用一些西方的理论、概念或框架去分析问题时，实际上没有必要有太大的担心，因为当我们那么使用时，实际上经过了研究者自己的梳理，在表达上则采用了研究者自己认为适合的词语。因此，关键还是要看你用这样一些概念去包容什么东西，界定什么东西，解决什么问题。这样就成了一种具体而非泛泛的提问了。

贺卫方：

我插一句，其实我的立场跟你是完全一致的，但你不能回避的问题是：司法是要解决这个社会中的纠纷，而社会的纠纷是跟这个社会的文化、社会的历史密切关联的，用什么样的方式去解决，有它的社会特点。我觉得法官职业化给我们一个非常重要的启发或者说我们需要做的很重要的一件事是：我们要区分一下不同层次法院的法官职业化，它的内涵和外延可能会有些不同。

张志铭：

中国讲法官职业化会面临本土特殊的问题，实际上其他国家也一样。提出法官职业化的基本要求，并不是说所有的中国法官都适用绝对相同的标准，肯定不是这样。我只是强调，职业能力肯定有一个底限标准，即做一个法官，他肯定要符合最低限度的标准，至于这个最低限度的标准具体是什么，那是需要深入研究的。而这关系到统一司法考试怎么考，考什么内容，还关系到培训制度如何设计和安排。因此，我们需要一整套有机联系的理论，我们会发现一套概念体系实际上是有效的，因为它并没有在提出这个概念的时候给你提供一种惟一的界定，它是有弹性的。

贺卫方：

另外，我想从另外一个角度补充一下，实际上是表达一下和信老师不一样的观点，在基层纠纷的解决过程中如何去逐渐地通过司法来改变社会对司法的某种期待。长期以来，大家对法官的公正性不信赖，在一定程度上是因为，我们在解决每一个纠纷的时候从来都没有认真地去注意严格地依据规则去决策，去判断一个案件。所以，社会解决纠纷的整体成本也加大了许多。当然，现在基层司法我们没有办法做到一步到位，但是不是可以建构一个良好的上诉程序使得上级的法院真正能够严格依据规则呢？

信春鹰：

在很多国家，类似于我们的基层法院处理的事项基本上不用援引规则，也没有上诉程序，而且马上生效，它主要靠法官享有的权威和知识来支撑。如果这一类纠纷都通过正式的诉讼，社会的成本是非常大的。比如欠债还钱，在很多国家中不用通过诉讼，一般说来，公民的法律意识可以解决这个问题，特殊情况下，可以通过执行令来解决。但是在我国，这样简单的案件都能打到最高法院，动用所有的诉讼程序。为什么人们愿意利用这个冗长的程序呢？是因为这个程序给你提供很多机会，失败者有成功的预期，这是我们这个制度设计上最大的问题。如果我们这方面不做些事情的话，我们这个社会会被诉讼拖垮的。这就涉及到我们在职

业化的过程中怎么样进行清理以前的制度，做一些新的制度设计，这是一个重要的问题。

傅郁林：

区分不同层次法院的法官职业化标准大有必要。这个目标和其他一些程序设计规范的原理是一致的，比如在审级制度设计中，越接近基层的法院就越满足于私人目的，越注重个案的细节和事实问题；越接近上层，就越满足于公共目的，越注重制定规则和进行政策性衡平的功能，因此对法官的任职标准也是不同的。这种规律是通过对大量西方制度进行经验化的比较研究得出来的结论，或者说是共同原理。在程序设置中，有大量的规范是技术性的、规律性的、普适性的，这种规律是不能违背的，这不是文化的背景，而是一种技术上的原因。从这种角度来说，我是同意张志铭的这种方法的，但还是有一个语境的问题，我觉得不矛盾，肯定都是要考虑的。在中国，我们民众的需求是不一样的，你要是像美国那样把大量的案件通过非诉讼机制给排出去，老百姓是不答应的。比如ＡＤＲ在德国就行不通，老百姓认为他们有权利享受职业法官的裁判，所以他们就只能采取其他方式分流案件。可是如果我们按照统一的标准都来职业化，不仅不现实，而且老百姓也照样不满意，因为法官的职业化和诉讼程序的复杂化意味着诉讼成本提高和当事人诉诸司法救济的难度增加。

法官职业化的实现途径

主讲人　傅郁林：

我觉得，在中国现有的财政制度和人事制度的框架内，比较现实有效的法官职业化、途径，可以分以下几个层次考虑：

第一，现有法官——分层、分类和分流。

从逻辑上说，对司法人员之间的进一步分工应当是司法职业化的结果，即当司法作为一种独立的职业从其他职业中独立出来之后，才谈得上司法机构内部进一步分工的问题。然而，在中国的语境中，程序和人员的分流却成为法官职业化的前提。国外对司法人员进行分层和分流的方式主要有两种模式：英、美国家的做法是大力发展替代性解决纠纷机制（ＡＤＲ），把一部分案件分流出去，保证那些进入司法过程的案件和人员成为精品；大陆法系国家的做法则是把这些案件和人员仍然列入司法范围，但是对所有案件进行层次化、类型化的分流，不同程序体现不同的价值取向，生产出不同类型的司法产品，以满足不同的市场需求。两种方法的思路实际上是一致的，这涉及到对“司法”和“审判”不同定义的问题，而两大法系做如此不同的选择则取决于司法制度所服务并赖以生存的社会文化对“司法”的不同态度和期望。就中国的社会需求来看，老百姓对司法机构的依赖并不因为司法信任危机而有所减少，发展ＡＤＲ只能是一种辅助路径。在法院内部进行繁简分流和案件分层则成为主要出路，把现有人员按照其各自的特长和优势，根据程序的不同特点和对职业能力和知识结构的不同要求，进行分类、分层和分流。比如，一是区别对待基层法官与普通法官的任职条件，使基层法官类似于美国限权法官，这类法官处理的案件类型、处理方式、法官自身的权利和义务，都应当与普通法官有所差别；二是上诉法官与基层法官在任职资格上有所侧重；三是继书记官系列从法官系列中独立出来之后，对现有法官再次进行分层处理，现有大部分法官可作为

法官助理；四是按照金钱案件与婚姻家庭及身份案件等类型划分合议庭，把大陆法系的事项管辖权传统做进一步划分，通过相对固定合议庭，提高合议庭专业化程度并促进司法统一。

第二，新选任法官——先下级法官再上级法官、先培训再“上岗”。

要改革法官选任制度和晋升制度，改变高校学生通过分配直接进入高层法院的制度。特别是由于下级法官与上级法官基于审级的差异因而职能分工不同，因此对知识、技能、工作方法和思维方式的要求都不完全相同。比如美国上诉法官与初审法官对任职条件的要求就有很大差异，因为初审法官侧重于查明事实，其任职资格更依赖于其律师经历；而上诉法官侧重于适用和解释法律，其任职资格更依赖于其理论积累和学术才能；到最高法院这一级，无论在哪个法系，大学生直接通过分配而进入最高法院都是不可想像的，且不说美国的九位老人是如何博大精深，即使在德国、意大利这样的大陆法系国家的最高法院，法官也是从下级法院中逐级晋升，有着丰富的审判经验和社会阅历，甚至在最高法院执业的律师也要受特别的资格限制。同时要建立规范的法官培训制度，在法学教育到司法工作之间存在一个空档，那就是对法学院毕业生进行法律职业培训。这方面，德国和日本都有很好的范例。

第三，后备法官——法学教育与司法考试。

在一种以法学院毕业生为主体的司法人员结构中，司法产品的合格率很大程度上依赖于法学教育产品的合格率，实现司法职业化在根本的意义上依赖于法学教育的方向和方法。那么，法学院应当如何为司法机构培养合格产品？我认为，应当增加法学院毕业生的法律实践能力，缩短他们对司法过程的适应期间，使之逐步成为法官职业化进程中的主导性力量。

第四，全体法官——法官的继续教育。

法官的继续教育，在中国具有一种特别的意义，因为中国法官的职业化、同质化的基础实际上是在不断变化的，法官在毕业分配时可能是同质的，但事隔三五年之后，他们对法律的理解就发生了很大差异，这种差异一方面是他们所处的工作环境差异造成的，另一方面与不断进行的司法改革有关，它取决于法官个人是否能够不断更新自己的知识和信息。司法统一这样重大的课题，我们习惯于用请示汇报这样的行政手段去统一，而通过对法官的继续教育使法官的大脑实现统一，才能真正实现司法统一。

贺卫方：

对法官职业化作这样具体的、深入的研究非常重要。人的分流问题，怎么分流，我认为中国法官职业化的推动离不开中国整个人事体制、组织体制的改革，组织部门、人事部门如果不把法官作为一个具有非常强烈的专业需求的群体，职业化的道路可能会非常艰难。另外，对中国整个司法研修制度，一个人不可以大学毕业就直接到法院从事司法工作，那是神，他必须要有个“学徒期”。现在我们“学徒期”的建构受到了很大的阻碍，那就是中国司法本身的体制有待理顺，司法权还不是单一的，司法机构本身有两家——法院和检察院，还有律师，也是法律职业共同体的成员。那么，要建构一个统一司法研修制度。我们必须在中央层面上对司法研修制度进行一个整合，比如像日本，就是在最高法院下面设一个研修所，来对全国的法官、检察官、律师进行统一的职前培训，既要学习法官的技能，又要学习检察官和律师的技能。这样不仅使得这些人未来能适应多方面的工作和职业，有利于法律职业共同体

的形成和法律解释共同体的形成。

张志铭：

如何在确立了统一司法考试后建立一种统一的司法官培训制度，应该好好地研究一下。德国、日本等国的做法是法官、检察官、律师一起培训；台湾地区的做法是法官、检察官一起，律师另外安排。只有在第二个“统一”定下来之后，第一个“统一”的成果才能巩固，效应才能出来，反过来才能合理地定位大学法学院的教育到底是素质教育还是职业教育。在目前的法官继续教育方面，我觉得也有副作用的地方，很多不合格、将来也不会合格的法官，经过这样一个“回炉”，就变成合格的了。这些年我们实际上做了很多这样的工作。当然，法官职业化在实施过程中也应要注意保持合理的张力。如果说法官职业化在法官素质方面提供了一个理想的目标的话，那么，在迈向这一目标时是不能不照顾到现状的。在这里，妥协和决心同样重要。过分的决心行不通，但如果一点理想也没有，一味地妥协的话，那法官职业化也就没有太多的意义了。

郑成良：

在中国要实现法官职业化，恐怕不是法院一家能够推动的事情，应该由党中央或全国人大来设计和启动，才有可能真正地实施。法官职业化最核心的一个问题实际上涉及到法院的人事管理体制问题。要想实现法官职业化，从逻辑上讲，有这么几个重要的环节，这些环节都不是法院独立能解决的。首先，要实现法官职业化，你得让法官的职位有足够的吸引力，那些优秀的法律人才愿意到这个职位上来工作。要想把这个问题解决，恐怕得涉及到提高法官待遇，但这个问题恐怕也不是很好解决的，因为中国的法官数量太多。所以，就要解决下一个障碍，就是要削减法官的数量，否则很难使他们的待遇得到普遍提高。但一涉及到法官的数量，问题又来了，刚才卫方涉及到这个问题，削减谁啊？谁来决定削减？按什么标准削减？最关键的问题是，如果要削减法官的数量，那么就得明确法官的职责。其次，我们现在的司法体制，法官的职责是高度不明确。这就涉及到我们的诉讼结构，包括整个司法体制要重新设计的问题了。但这又不是法院能够独立完成的。

法官职业化追求的一个非常具体的目标，就是要做到在全国类似案件能得到类似处理，这需要法官的素质应当基本一样，但我们现在人事管理权高度分散。人事权的高度分散和法治的基本原则正好相反，同时也高度制约法官的职业化。在西方，单一制国家，不论哪级法院都有统一的人事；联邦制国家，联邦法院系统和每个州的法院系统也分别有统一的人事。而反观我国，几乎有一个法院，就有一个单独的人事。当然，人事上的统一，不一定由法院来管，但必须统一，不统一就没法做到各级法院法官都有大致一致的素质标准。

法官职业化与职业共同思维方式

主讲人　郑成良：

马克斯·韦伯曾经把法律的现代化描述为一个法律秩序的理性化过程，而我们现在要推行的法官职业化则正是实现法律秩序理性化的必然选择。

从司法的角度上看，理性化的法律秩序至少有两个基本标志。其一，那些关注自我利益并具有理性的人们能够信赖法律，可以放心地按照法律的指引来安排和处理自己的事务，因为人们有理由相信，法律是确定的，如果有谁愿意以合作的态度对待法律并注意到法律的存在，那么，当他需要法律时，法律不会沉默，不会变动。其二，他们的理性判断力使他们可以合理地假定，在司法过程中，相同的行为会受到相同的对待，类似的案件会被类似处理，因而，行为是否具有合法性是一个直接影响成本与收益的常量，它不是一个可以受各种偶然性因素左右的变量。

显然，理性化的法律秩序也就是借助于法律中的制度理性来诱导个人的理性选择能力所形成的秩序，如果人们不能建立和保持上述两种确信，就不可能实现法律秩序的理性化，因为一个人的理性经验会告诉他，法律常常并不是一种恒定的因素和决定性的力量，对于降低成本和提高收益而言，忽略法律的存在可能比服从法律的指引更加有效。而法官的非职业化必然导致在法官群体中难以形成对法律的共同理解和共同信念，“法律在本案中意味着什么？在面对各种压力和诱惑时，法官是否有足够的能力、持久的热情和不变的忠诚去执行法律？”在法官非职业化的背景下，随着不同法官的出现，问题的答案可能也是不同的。法官职业化的核心价值就在于，它能够使法官职业群体形成一种与法治理念相适应的同质化职业共同思维方式，从而，通过同质化的司法决策使全社会范围内普遍形成上述确信。

这种同质化的思维方式在本质上是一种合法性思考，它的特点是把合法性当作评价是非、决定取舍的前提，对政治、经济、道德等因素的考虑必须限制在合法性空间之内，从而排除司法机关废法裁判的可能性，并由此也排除了一切人和机构违法行事的可能性，除非他们甘愿为此支付相应的代价，这样，法律的恒定性就能够通过司法决策的可预计性和可依赖性展示给公众，就可以形成公众对法律和司法的普遍确信。

实现法官职业化的过程，其实质就是法官职业群体形成同质化思维方式的过程，在这一过程中，必然伴随着一系列制度创新和观念更新，可以说，这是法院和法官必须面对的挑战。合法性思考的特点决定了理性化的司法是通过法律调整来治理社会，而不能随时迎合各方面的意愿去调整法律；决定了法官只能按照法律的标准和尺度去主持法律之内的正义，而不能离开这些标准和尺度去追求法律之外的正义。就此而论，为了形成这种同质化的思维方式，我们在制度建设和更新司法理念方面还必须作出长期的不懈努力。

张志铭：

社会同质化程度越高，达成共识的可能性就越大，对于法官这样的职业群体来说，就更是这样。

郑成良：

美国联邦法院一位大法官在我国演讲时提出，法律应当保证法官敢于做出不受欢迎的判决。在利益多元化和价值观念多元化的情况下，忠实地执行法律也时常会引发强大的社会压力，在制度安排上，应当由谁来承担压力呢？不应由法官个人来承担，而应由整个法官群体和整个制度来回应和化解。在现阶段，我国的法官谁做出不受欢迎的判决，就要单独地面对这种压力。如果一方面要求法官对法律保持忠诚，另一方面又不时让法官个人来支付制度成

本，这与法律秩序的理性化是有矛盾的。

没有法官的职业化，对法律的理解就可能高度不一致，法律的确定性在司法环节就被法官的非职业化彻底消解了，法律因此会变得不可琢磨，不可预计。除此之外，还会导致对法律的忠诚程度不一样，那些缺乏职业精神和职业共同思维方式的法官，往往首先不是忠诚于法律，如果上级有明确指示，或者老百姓压力太大，或者社会舆论不给他鼓掌，他可能就会多少牺牲一点对法律的忠诚，这是非常致命的一个东西。职业化法官最基本的一个品德就是无条件地忠实和服从法律。法院的工作是通过减损一部分人的利益来增进另一部分人的利益，换句话说，就是从张三的口袋拿钱放到李四的口袋，这怎么可能让所有人满意呢？

要是法律缺乏确定性，类似行为不能被类似对待，也就谈不上让公众去保持对法律的忠诚。

实现了职业化之后，就能够做到我国法官群体有同质化的思维方式，他们判断、思维的标准是基本一致的，之后法律就变得可确定了。而制度上的可确定性就变成了生活中成本与收益、风险与机会的可预计性，类似行为能够得到类似对待，这样，法律秩序才能引导人们在追求自己的利益的同时，让一个有理性的人不会忽略法律的存在，与法律持合作的态度。如果谁和法律不合作往往是最大的赢家，和法律合作的人往往是输家，这样的法律秩序就是非理性的了，它要靠一些人宁可吃亏也要守法这种道德信念支撑，那这个社会不会长治久安的。我想法官职业化最大好处就是能够通过法官同质化的思维方式把法律中的制度理性和现实生活中的个人理性结合起来，从而确立两个确信：确信法律是确定的，确信类似行为在一切司法个案中都能得到类似的判断和处理。

信春鹰：

现在讲法官职业化，讲法官的自治、独立、同质等等，可能会遇到诘难之一就是：如果这个职业化群体特别腐败和专横，那么社会是不是值得这样做？这样就成了一个悖论——究竟是先养成一批好法官，还是先有一套好制度？包括法官待遇的问题也是这样，所以，在现在的情况下，把法官从其他公共官员中分离出来的确是特别艰难的事情。法官素质问题是现在走向职业化的一个很大的挑战，先解决哪个问题才能够打通走向职业化的途径？法官职业应有社会的高度信任，靠减人分流、分层分级，不能解决现有的信任危机。

郑成良：

目前当务之急是应当由全国人大建立一个司法改革委员会去搞研究，拟定一个司法改革计划，然后有计划有步骤的逐步推动。

贺卫方：

先提高素质还是先提高待遇，的确是特别重要的问题。这多少有点像先有鸡先有蛋的问题。最高法院曾对外招考法官，结果不是特别尽如人意，说明连最高法院的吸引力都不大。我想应先提高待遇，哪怕是现有法官素质不够高，还有许多不尽如人意的地方，但如果没有办法把他们淘汰的话。这是国家先付出的一个成本，但获得一个很大的收效就是，经过若干年的循环，现有的法官素质会提高，另外吸引优秀人才进来。否则，就会永远恶性循环。

张志铭：

香港、澳门、台湾地区同属中国文化传统，它们都完成了这个转变。台湾一个初任法官的月薪将近３万新台币，相当于一个大学教授的水平，退休金也远远高于政府公务员。所以，我觉得不能高估这种艰巨性。法官同质性问题的解决，还是要先有一个分化，再将分化的结果转化为制度，之后很多事就有可能了。职业化要求提高法官待遇，而这应该以分化和同质化为前提，这是一个动态实现的过程。待遇提高后，就会产生一种品质上自我净化和提升的机制，社会有这个要求，职业内部也有这个要求，这是自然而然的事。

郑成良：

待遇提高之后，确实要付出代价，但是它形成一种机制。

法官职业化的制度保障

主讲人　信春鹰：

法官职业化，从根本上来说是制度设计和保障的问题。法官是什么样子，不是个人的选择而是制度的选择。我们现在有３０万法院工作人员，其中有２０多万具有法官职称，但是他们的职业化程度达到了什么水平？或者说能不能用职业化这个词来描述我们现在的法官群体？回答很可能是否定的。这种状态的形成和我们国家与社会发展的需要和制度设计有关。直到今年统一司法考试实行之前，法官职业的入口和行政机关的入口是一样的，首先要通过的是公务员考试，其次才是法院内部的业务考试，前者是门槛，后者是陪衬。进入之后的工作安排，晋升路径，考核标准，管理体制，几乎完全是行政化的。此外，法官承载的社会使命与行政官员相同的地方太多而相异的地方太少。

在我国现行体制下，需要哪些方面的努力才能够推动法官职业化的进程？我觉得首先要看职业化的外部制度。职业化不能是抽象的，要让社会制度给法官设计一个职业化才行。从法律上来说，第一个涉及到从宪法上来看法院与其他权力机关的关系。比如，我国法院不是直接向宪法负责，而是通过每年的报告向人民代表大会负责，在这样的体制下，权力机关和法院的关系对法院的职业化特别重要。我们提到过，要在人大成立一个司法改革委员会，来统一协调和设计推动司法改革，而且要时间表，不然，各单位自己的改革滚来滚去，成本会越来越大。第二个涉及到法院和地方权力机关、行政机关的关系问题。根据现行组织法，法院目前没有办法不听地方权力机关的，没法不受制于地方权力，在这种情况下职业化、专业化、非地方化都是不可能的。所以，从外部关系说法官职业化需要这些大的制度的支持。在我们国家的权力体系中，法院、法官应该被当作一个独特的职业系统来看待、来设计，以前我们不是，现在必须从制度入手。另外一点就是内部制度，内部制度有很多事情是法院可做的，比如说现在法院法官职业化从内部制度上的障碍可能首要还是行政化的问题。科层化的结果，就是说法官一定是法律来支配，而是行政规则或者是说行政首长。法官要选择是对法律忠诚还是对长官忠诚，可能很多人还是选择宁肯忠实于长官，因为对他有利益。而放弃对法律的忠诚，对职业化来说，这是非常大的问题。另外一个是非专业化，要把裁判工作和其

他事务性工作做一个区分。法官应该集中于思考，集中于围绕判决来工作。实行法官助理是把法官从事务中解脱出来的一个很重要的手段。法官助理在很多国家都是法学院里面的前几名，这些人有最新的知识，还有最重要的一点，它不是一个固定的工作。如果我们在法官之外设计一个固定的助理群体，我觉得社会成本是加大而不是减少了。

职业化中法官的个人素质和修养的问题。法官的品格、判断力、权威性、忠于法律等很重要，美国关于法官的六条标准，其实没有一条是关于专业的，都是关于道德和品格的。从制度经济学、制度法学的这些基础理论看，社会意义上的人是个制度产品，法官的个人修养确实要靠社会制度的支持。现在很多矛盾焦点集中在法官身上，法官承载了很大的社会压力，有的时候不太公平。我们想一想，我们社会为法官提供了什么，就是说为法官的公正、公平、体面、权威提供条件了吗？没有。现在社会普遍缺乏信任感，怎么能独独指望大家对法官信任呢？法官处分我的财产、权利、名声，我怎么能信任你呢？我必须怀疑法官是否能够公正。这是人性决定的。现在司法缺乏公信力，法官有责任，社会也有责任。如果社会就不相信法律，不相信法官会按照法律办事，谈法官职业化也是很不现实的事情。

国家要为法官职业化投资，这个投资并不仅仅是指提高工资待遇，也包括理顺关系，给法院机会让他们树立权威和公信度。这种投资实际上是对法治的投资，不能算小账，要从国家长远大计来考虑问题，对法治投资的回报是无形的也是无量的。如果仅仅是法院来搞法官职业化，而社会其他部门对此漠然、对立、甚至敌视，法官的职业化永远也无法实现。法官职业化需要社会各方各面的支持，尤其是法律制度和人民代表大会这个权力机关的支持。

傅郁林：

从系统论的角度来说，司法是一个系统。系统一方面通过自己的组织过程自我调整，同时依赖于系统与环境之间通过信息交换形成的动态平衡，环境必须向系统提供资源，同时接受系统的排泄，否则由系统去自我消化、完成循环，肯定会破坏整个肌体的健康。法官职业化过程很大程度上依赖于整个国家和社会的支持，如果这个问题仅仅在司法机构内部研究，就使得我们在回答“法官职业化的途径”这个问题时自感无力，所以我在研究法官职业化的“中国语境”时，的确比较多地考虑了向现实妥协。我总是在想，法院不要等待环境的改良，自己能够先做点什么事情？于是我提出把法官分流、分层。就像大家说的那样，如果这个人不能做法官的话，那么他同样也做不了法官助理。现在看来，过度的妥协可能意味着过程与目标的背离，法官职业化没有社会的支持就可能是遥遥无期。

张志铭：

有一些不利的因素，也有一些有利的因素，通过这些年的司法改革和发展来看，还是有许多做事的空间，包括学者要形成一种明确的思路和理念，比如对司法独立结合司法改革作三方面的分解。

信春鹰：

一个有利的方面就是，入世后世贸规则要求司法审查，对我国的法官职业化、法院地位是一个推动。但是，现实中还有个可能发生的倾向，就是使得司法制度成为两元：一是对内的，二是对外的。比如现在正筹备专门的面对ＷＴＯ的法庭。很多国家有专门与ＷＴＯ事务

相关的法庭，但前提是原来的司法制度和ＷＴＯ的要求没有很大的差异。如果以后法官分成涉内和涉外的，有两种标准，我不认为是好事情。怎样利用这个机会，有一个正确的导向是很重要的。

郑成良：

根据我几年的法院工作实践，我特别感到的一个苦恼，就是法官如果公正地适用法律，在利益多元化、观念多元化的现代社会，必然会引起一些社会压力。这个压力来自舆论、当事人等，甚至有些非常优秀的法官为此辞职做了律师。实行法官职业化，对法官提出了严格要求，从制度上也要考虑为法官提供什么。现在，靠的是法官不怕牺牲的精神来执行法律，这是非常艰难的。举例来说，有些领导部门有一种根深蒂固的观念，对法院第一位的期待不是公正，而是绝对不能惹“麻烦”。所以，在制度上如果没有保障，法官职业化还是不可能的。

贺卫方：

大家从外部制度、内部制度的构想和设计非常清晰地指出了一个方向，但我最后还是觉得有一点点不无悲凉。我想补充两个方面的感受：第一，我们如何更好地从学理的角度论证司法独立的价值和法官职业化的价值问题。我至少感觉我们以往论证时是不全面的，更多的是讲如何去制约政府权力、避免专制。托克维尔在１７０年以前就提醒过，独立的司法对人民同样是一种制约，它让人民表达自己的不满、对政府的不满，但必定要遵守法律程序，到法庭上来控告政府，这时，独立的司法就成为人民通过程序来表达自己的不满、平息心中的怨恨的一个非常重要的途径。所以，托克维尔说，一个君主只有当他昏了头的时候，才会去削弱法官的独立权。因为，独立的法官的存在本身是社会稳定的一个重要保障。我们从经验来看，从西方法治发达国家的历史来看，也是没法想像英国这个社会如果没有独立的司法的话，它能很少发生战争和内乱，获得几百年的社会相对平衡。美国建国两百多年的历史也是如此。英国资本主义的兴起和司法的独立也有密切关系，我国如今市场经济发展的最大“瓶颈”也是司法不独立。第二，我们要发起一场塑造法官形象运动，中国司法的形象到了一个比较危急的状态了。我觉得，期望愈高，求之愈严，老百姓对司法中的腐败现象格外不能容忍，这也正是我们司法将来得以获得发展的一个契机。所以，法官职业化需要有一些外部的论证、呼吁，也需要一些内部的举措，让社会公众逐渐培养对法官的信赖。

法官职业化与法院内部机构改革

主讲人　王晨光：

法官的职业化既然把法官同其他国家公务员区别开，也就意味着法官要有独特的资格标准，也就是说并非人人都能当法官。法官职业化的命题实际上隐含着法官精英化的概念。同时它还意味着并非所有具备职业资格的人都能够当法官，而只有那些职业群体中的佼佼者才能够成为行使国家司法权的法官。一般而言，法官精英化有两方面的含义，一是法官的素质要高，必须是法律职业群体中的佼佼者；二是法官的数量要精，办案质量和效率要高。可以说职业化是精英化的基础，精英化是职业化的深化。

尽管学界对于法官是否应当是精英或精英化的问题有不同看法，但是从各国的实践看，法官群体基本上都是相应法律职业群体中的精英。在美国，法学院最优秀的毕业生往往选择担任法官助理，并以此为荣。英美的法官不仅需要有法律学位，而且要有较长的法律实践经验，而且必须是法律职业群体中出类拔萃者。因此，英、美国家的法学家多是法官的现象也就不足为怪了。大陆法系国家中的法官虽然与律师分属不同的两个序列，但当法官要经过严格的国家考试和特殊的职业训练，能够当上法官者也都是从众多申请者中挑选出来的精英。我们大可不必提精英则讳之。只要制度得当，法官精英化不会导致法官群体脱离群众，成为贵族阶层；相反，它能够更有针对性地解决我国当前法官素质不高、队伍庞杂、效率低下等问题，有助于提高法官的社会地位，提升司法权在国家和社会生活中的作用。根据我国法官队伍过于庞大（其数量已达２１万之众）和长期与行政官员没有区分的状况，仅仅提职业化无法精简职业法官队伍，无法理顺法院内部的工作结构和不同序列人员的关系，无法针对我国的实际情况提供可行的改革方案。

严格讲，审判权只能由法官（以合议庭等法定审判机构的形式）来行使，法院内的其他序列的人员只能辅助或促进这一权力的行使，而不能直接行使这一职权。我们现在法院内部的编制是一个倒三角形，即大多数人员是法官，少部分人员是辅助人员。似乎法官人数多效率就应该高。但事实恰好相反。我国法官审结案件的效率比西方主要国家的要低。为什么会出现这种情况呢？主要是我们法官的主要精力不在案件的审理上，而在大量的案件准备等行政工作上，即法官的主要精力没有放在国家审判权的行使上。与此相反，西方国家法院中的大多数人是司法辅助人员。一个法院内的法官只有十几个或几十个，而辅助人员则是法官人数的几倍，是一个金字塔式的正三角形。这种正三角形的机构设置符合司法工作的性质和程序要求，因为法官职业化必须要求法官把主要精力放在职业化性的本职工作上，即国家司法权的行使上，而把司法行政、后勤保障等工作交由其他职业人员（如法院行政主管及行政人员、法官助理、特聘的调解人员、速记员、秘书、法警、技术人员等）去做。只有这样，才能保障司法的效率，提高司法的质量。

我国法官职业化和精英化的推进已经使我们认识到了法院内部机制设置的重要性和我们的差距，并提出了一系列的改革措施和具体制度，例如法官序列与书记员等其他工作人员序列的分立（即不同职业人员的岗位和编制的划分）、法官人数的精简和定额（即在符合职业标准的人员中挑选优秀者）、法官养

成和培训制度的标准化、法官升迁罢免制度的完善、司法道德及其监察制度的确立（即职业素质的培养、提高和保持）、审判长制度的建立和完善（即逐步使具备较高素质和能力的法官成为真正意义上的法官，其他法官过渡到法官助理等辅助人员角色，从而逐步精简法官队伍）、法院审判方式的改革（从程序制度上保障法官的主要精力用于司法权的行使）等等。但是，我们还没有真正自觉地认识到法官职业化对于改革现行法院内部体制设置和工作模式的必然要求，还没有自觉地认识到按照职业化的要求和特点改变司法机构内部的过分行政化和一刀切式的国家公务员模式的人事管理体系，还没有自觉地认识到变倒三角形为正三角形机构设置的必要性。因此我们必须把职业化的改革推向新的更加深入的层面。

可以说牵一发而动全身，看似容易做则难。提出法官职业化的口号并非难事，难的是需要为法官职业化，特别是针对我国法院内部体制的现状提出的精英化，设计出具体可行的路径、程序和制度。因为职业化并非司法改革的最终目的，建立一个真正能够依法独立行使国

家审判权、符合司法工作性质和特点的司法体制和法官队伍才是我们的目的。

信春鹰：

如果认为法律的专业越分越细，法官职业化就成了专门化，这是一个很大的误区。按这个思路，知识产权有了专门的审判庭，那以后还有电子商务，就要专门设电子商务法官，这和行政机构还有什么区别？这是培养技术官僚的思路。所以，讲职业化和法院内部改革，主导思想是要知道职业化的目的是更好地做裁判，而不是让你更好地理解和对应社会的专业分工。社会分工越来越细，法官不一定事事都明白，他的助理提供让他明白就行，而不必像技术官僚一样知道事情的来龙去脉。

傅郁林：

法院的事项管辖权不像社会分工那么细。美国是不分事项管辖权的，因为法官特别少，再者进入诉讼程序的案件数量过去是５％，现在降到了２％。大陆法系为什么要分成事项管辖权？是因为大量案件不能分流出司法之外，同一合议庭一直审理同类案件，通过专业化来保持同类案件的司法统一。当美国上诉案件爆炸到一定程度的时候，也在引入了事项管辖权这种方式，比如美国联邦第１２巡回上诉法院就是这样的，州法院系统还有专门的家事法院。

张志铭：

法官职业化并不必然导致法官数量的增加，它可能导致法院内部组织和人员的优化。

贺卫方：

我们要仔细思考大陆法系和英美法系法制统一的机制是什么？英美法系主要是用判例法来解决的，大陆法系则靠的是法官，所以，大陆法系是法官在长期处理同类案件的时候形成专业化。法官其实不是孤立的，英美法系的律师给法官提供了很大帮助，美国是法官通才化，而律师越来越倾向于专业化，所以，专业化的律师来办案，他要研究从前的判例，然后，双方律师发表意见，法官做出裁判。

主持人　姜联润：

今天，专家们通过深思熟虑，旁征博引，对法官职业化的问题发表了很多建设性的意见。它山之石，可以攻玉。我从中感到了专家们对法院改革的拳拳之忱。任何改革的举措都需要理论的支撑，因此，法院的改革的确需要法学界的大力支持。从大家的发言中可以看出，我国的法官职业化既前途光明，又面临许许多多的困难，然而，方向是正确的。我们将勇敢面对新世纪带来的机遇和挑战，认真践行“三个代表”重要思想，在坚持党的领导、坚持人民代表大会制度的前提下，开拓进取，不断在理论和制度上进行创新，就一定会走出一条具有中国社会主义特色的法官职业化道路来。

（本次论坛的专家意见由张娜、刘守珍、谢圣华整理，并经过专家们审阅）

http://www.rmfyb.com/public/detail.php?id=42226<;br>

http://www.rmfyb.com/public/detail.php?id=42281

上传时间： 2002/9/30 文章来源：人民法院报

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

法律不可亵玩

世间万物，法律大抵是最令人畏惧者之一。我们古人的说法，“无法无天”，将违法行为与违抗天道相提并论；菏马时代的古希腊人一般相信法律是一套神启的（god-inspired）规范，对法律的违反不仅破坏了人间秩序，更是对神的冒犯。这种把法律的来头说得很大、很神圣也很神秘的做法对于当时社会秩序的维系发生了很大的作用。

也许是后来人群愈来愈分化、社会关系愈来愈复杂的缘故，那些无法考察来源的法律显得不够用了，必须有新的规则来约束人的行为。当法律的提供者不再是神，也不再是那些早已死去了的人的时候，法律的神圣光环便逐渐消失了。过去，人们之所以必须守法是一个无需论证的问题，但是现在人成了立法者，法律变成了一套世俗规范，大家都是肉眼凡胎的人，都有生老病死，问题就出现了：凭什么你可以立法，而我却不能？于是，一场统治的合法性危机便出现在人类的面前，后来的各种不同的政体——专制制、贵族制、君主制、立宪君主制、共和制等等——差不多都是围绕着这一问题而展开。

不管怎么说，没有了神的依托，人们对法律的敬畏总是少了许多。在柏拉图的《理想国》里，那位就什么是正义跟苏格拉底抬杠的色拉叙马霍斯就认为，正义或者公理简直就是强者的利益，所谓强权即公理。依法律的统治不过是统治者将有利于自己的准则用来管束社会中所有成员而已。中国人也老早看到了这一点。汉代时候的廷尉——约当今天的最高法院院长——杜周先生便毫不讳言地说：法律没有什么可神秘的呀！从前的君主所倡导的规则就是律，今天的君主发布的规则就是令。各自根据需要而制定，哪里有什么神圣的古法？这样的论证不免让人想起“成者王侯败者寇”那句老话——为什么我能够制定法律，而且你必须遵守它们，原因简单极了：我是统治者，你是小民一个。有本事，把我推翻了，你就可以制定我必须遵守的法律了。

我们都看得出来，这样的逻辑实在是滋生动荡与革命的温床。为了维持社稷安定，除了力与势之外，一些更具有说服力的理由也随着统治方式的变换而出现了。例如，贵族制的理由是依赖血统的高贵；王侯将相真有种，平民百姓休做梦。传统中国的统治形态很早就告别了贵族制，自秦汉以后，我们就走上了选贤任能的路数，所谓“贤者在位，能者在职”。隋唐以降，更是将科举考试的方式作为选任官员的唯一途径。调整社会关系的法则由这些贤能之士制定和解释。科举创造了这种独特统治形式的合法性；我立法，你服从，是因为我能够过五关、斩六将，在困难重重的考试中脱颖而出。不过，从过去的一千年的历史来看，这样的统治也难以长治久安。选贤任能的标准受到质疑，难免演变为广泛的嫉贤妒能。《资治通

鉴》里说："黄巢屡举进士不第，遂为盗。"不只是黄巢，后来的许多"农民起义"的领导者都是憋了一肚子气的落底举子。城头变换大王旗，这种事情的频频发生显示出我们的传统统治模式所面临的严重危机。如何走出这"一治一乱"的怪圈？怎样才能避免普遍违法情况的发生？

共和制给出的理由是迄今最令人心服的，国家的主人是我们每一个人，立法者乃民意代表组成的机关，法律是大家的共同意志，违反法律的行为首先伤害的是你自己，而不是其他人——你怎么肯伤害你自己呢？

不过，逻辑上的圆满并不一定带来现实生活里人们真正把法律当回事。共和制也可能成为一种旗帜，在没有落到实处的时候，人们会觉得书面的法律和法律所规定的种种权利口惠而实不至，于是便减少了对法律的尊重。更有甚者，立法者以及其他居庙堂之尊者自己无视法律将会带来更为严重的后果。例如，刑事诉讼法明明规定："未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。"（《中华人民共和国刑事诉讼法》第十二条）然而，如果官方在任何司法程序尚未启动的时候，便通过各种传媒将某一群人径直宣判有罪，这就是对法律的公然违反。这样的做法，将使我们刚刚在修改宪法时所确立的"依法治国"原则变得毫无意义。

上传时间： 2001/9/15　　文章来源：《中国合作新报》1999 年 8 月 26 日

法律教育向ＪＭ教育的转向

一、从通才教育到专才教育

大学的法律教育的培养目标是什么，这是任何教育都必须首先明确的一个问题，同时对于法律教育而言，又是一个常存争议、历久常新的问题。我们这里的症结在于：在迄今为止的相当长的时间里，没有确定出一个稳定的目标，当然也不存在与稳定目标相适应的关于合格毕业生的标准。意识形态的变化足以导致培养目标上的巨大差异。这大抵上也反映出我们的法学还没有获得独立的地位，并且也缺乏稳定的法学知识传统。

从大的方面来说，法律教育的目标不外乎两个：一是为法律行业培养新人；一是为更广泛的社会成员提供法律知识与意识上的训练。各国传统不同，对于这两个目标又各有偏重。英美法系国家偏重前者。在那里，接受法律教育在大多数情况下意味着对法律职业的选择；而大陆法系则偏重后者，即大学法律教育通常只是国民素质教育的一部分。虽然从事法律职业需要经历大学法律专业的教育，但是，多数法律专业学生将来从事的却是法律之外的职业。例如日本，目前每年各大学法学部毕业生数以万计，而每年进入几种主要法律职业（律师、法官、检察官）的人数却只有区区１０００人。在大陆法系国家，少数选择法律作为终身职业的毕业生通常需要再接受法律职业界所主持的行业训练。

两大法系国家之间的这种偏重无所谓优劣之分。但是，培养目标上的差异必然导致二者之间在法律教育的内容、专业化程度、教学和学习方法乃至教科书的编写风格等方面的差异。德国比较法学家茨威格特和克茨评论法国的法律教育时这样说：“法律并不纯粹是一种专业训练的对象，而是人们可以从中学习清晰地思维、透彻地表达以及练习修辞技巧的一个领域。这枚硬币的另一面则是法国法律教学内容常常只是净化了的原则，它无须为寻找社会现实问题的解决手段而困扰。但是，以这种一般化的、非实践的，甚至是‘书本的’方式学习法律却是深化那些将来准备成为法律家的年轻人知识的一种有效方式。”

（茨威格特和克茨，《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社１９９２年，第２４２页）

尽管许多方面与大陆法系相似，但我国的情况很不相同的是：第一，我国正规的法律教育长期发育不良，“文革”期间几乎全面中断，虽然近二十年来全社会对于法制的要求不断强化，但是，法律教育究竟应当确立什么样的模式却是长期徘徊。于是便出现了第二，法律教育的层次多样化了，办学途径也多样化了。世界上大约没有第二个国家在正规的大学之外有像我们这样名目繁多的法律教育种类与层次。教育机构之外，非教育机构也大办法律教育，例如，司法机构所设立的检察官学院、法官学院等等。非教育机构所办的训练机构照样可以授予文凭。办学层次方面，高可上博士后，低可下职业高中！凡此种种，原因都在于通过法律教育要培养什么人的问题我们并没有搞清楚，或者说，在理解上非常混乱。这种混乱必然导致教学内容上的参差不齐，欲想令如此驳杂不一的毕业生头脑中的法律概念、原则、理念具有统一性，从而带来司法决策的统一，势将是缘木求鱼。

二、法律专业本科生教育的局限性

除旧布新过程中一定程度上的混乱也许并不值得大惊小怪。除了教育管理体制上的混乱外，我们这里的问题首先在于试图将世界不同地方法律教育所要追求的各种目标都囊括进来。如此便有了这许多层次的法律教育，有了各种各样的法科学生。我们需要检讨目前的各种层次的优劣，以便整个制度的调整和改革。

首先，法律教育的本科生层次是最值得关注的。沿袭大陆法系法律教育的传统，我们长期以来的法律教育可以说是“以本为本”的，那就是，将法律专业本科生作为法律教育的主渠道。从世界范围的实践来说，“以本为本”有着广泛的成功先例。目前，除了美国之外，几乎所有的国家法律教育的起点都是本科生，即完成高中教育之后便进入法律院校学习法律。四年大学教育完成之后，再经过若干年的职业培训，便进入法律职业界。值得注意的是，大学之后的职业入门考试以及职业培训基本上都是由法律实务部门主持的，这也许反映了法律职业界与大学之间的某种权力冲突和妥协。

近年来，在世界范围内，法律教育有某种朝向美国模式转向的趋势（其实，美国模式乃是近代早期意大利模式的现代继承。参看伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译，中国大百科全书出版社１９９３年版，第１５１页）。出现这样的趋势的原因目前尚没有得到深入的探讨。一个重要的原因可能是社会分工的日趋细化和深化导致法律知识的越来越复杂，这样便使得专业知识与一般常识之间的距离越来越拉大，那种仅仅依赖决策者的声望与经验便胜任愉快的纠纷解决模式已经成为历史。当然，

从内在的特质看，法律学本身便是一种实践理性，它不仅仅是一整套自恰的知识体系，更是一套以问题为指向的解决社会矛盾与冲突的方法。它要求教育者和受教育者都具有一定的社会生活经验，否则，法律教育就只能走向空泛的理论，而难以与社会事务的实际调整发生真正的关联和契合。

“以本为本”式的法律教育面临着的正是这样的困难。高中毕业，在１８岁左右便开始法律专业知识的学习。学生们对于他们所学习的这门知识所对应的社会关系几乎没有多少认真的观察和系统的思考，对于法律与社会生活的关联性没有多少体验，因此，在学习过程中就只能从书本到书本，满足于教师的灌输，将法律变成为一种记诵之学。更因为此前对人文学科以及社会科学的基本知识没有多少了解，所以，又不得不分出很多心力修习这方面的课程，以便完成大学教育所承担的将受教育者变成“博雅之士”的使命。学习时间只有短短的四年，又必须在法律之内与法律之外进行两线作战，年龄幼小又无法使学习者真正地领悟法学的真谛，把握法律职业的必要技能，我们的法律教育便只能是进退失据，左右为难。近年来，随着法律教育的发展以及社会对法律实务人员要求的提升，“以本为本”的法律教育越来越显得捉襟见肘，实务界辄有怨言，当然不是偶然的。

三、法学硕士教育的设置初衷和局限

既然本科生层次的法律教育有这样的局限，那么，我们还有本科后的教育，即法学硕士教育，能否通过一定程度的改革，将法学硕士作为法律人才培养的主渠道呢？

这里面临的第一个困难是法学硕士制度设置的初衷是法律教育和学术人才的培养，它所预期的毕业生是学术法律人（ａｃａｄｅｍｉｃ

ｌａｗｙｅｒｓ），而非实务法律人（ｐｒａｃｔｉｃｉｎｇ

ｌａｗｙｅｒｓ）。为了实现这样的目标，法学硕士在入学考试标准、专业划分、课程设置、导师以及毕业论文写作等各个环节上都是以学术为指向的。虽然近年来法学硕士招生人数越来越多，毕业生进入司法实务部门的数量也越来越多，但是，上述各个环节中的学术指向却没有发生多少变化。虽然许多人将来只能从事实务工作，但我们的目标却是学术的。于是在教学过程中我们就不得不面临许多矛盾和问题，在某些环节上甚至左右摇摆，结果弄得非驴非马，不知所措。

ＪＭ（法律硕士）项目的引入标志着决策者对这个问题的清醒意识。但是，由于受到各种因素的牵制，我们没有在压缩法学硕士以及法律本科生的基础上开展ＪＭ教育，而只能新旧并举，结果改革本身又产生了很多问题。例如，如何保证法律专业本科毕业生的考研机会，如何协调两种硕士之间的关系，如何在各个环节上区分两种硕士的教育，等等。也许，现在已经是应该对目前的这种多头并举、犬牙交错的法律教育现状进行整合的时刻了。

四、ＪＭ教育作为法律教育的主渠道

ＪＭ教育能够有效地解决我们现存的问题。首先，它是一种本科后教育，这不仅仅有助于提升法律人才的层次，而且，对于现行“以本为本”的法律教育模式中的缺陷能够作出很大的弥补。本科后教育意味着学习法律的学生的年龄和阅历的增加，这样，学习者可以更好

地领悟作为一门实践型和社会性学问的法律学，从而改善法律教育的效果。

其次，本科后教育意味着多背景的本科毕业生进入法学院的课堂，意味着不同知识的交融和对法学发展的推进，意味着法学院的毕业生具有复合型人才的特征。无论是国外的经验，还是我们过去几年的实践，都清楚地显示出，那些已经受到其他学科本科教育的人们进入法学院之后，过去的知识背景并不是他们理解法律问题的障碍，反而经常是一种动力。在本次调研过程中，一些在读ＪＭ学生就举出了不少例证，证明交叉学科的知识与方法是如何帮助他们更深入地思考法律问题的。相信随着司法制度要因应的社会关系的日趋细化和专业化，这些复合型的人才将会发挥他们越来越明显的作用。

现在，我们需要明确的是，任何一个国家的法律教育都必须走向一种模式，而不能够将所有的看起来良好的制度都纳入到一国的教育之中。我们建议，在未来的一个不长的时间段里，逐渐压缩法律本科生和法学硕士生的招生规模，在１０年左右的时间里，确立ＪＭ教育在我国法律教育中的主渠道地位，从而理顺我国的法律教育体制和法律教育与法律职业之间的关系。

贺卫方 北京大学法学院教授、博士生导师

http://www.rmfyb.com.cn/public/detail.php?id=36674

上传时间： 2002/5/21 文章来源：人民法院报 2002-05-10

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

法律教育中的一个悖论

by 贺卫方

在“中国法律教育之路”之前加上“研究”二字，是我对书中研究对象的重新解读和定位。从广义来说，任何学术文本本身便是一种研究路径的张扬和宣泄，无论文本是以论文汇集的方式来呈现，或以专著阐述的方式来呈现。而对学术文本的描述阅读，也预示了后来研究者对研究路径的新的策略期待。

依愚之见，应对《中国法律教育之路》（以下简称《之路》）予以关注。这不仅因为该书在本土法律教育的研究谱系中具有承前启后的言述位置，而且因为，该书在法律教育与法律制度运作的关系中具有深层的提示功能，疏通了法律教育研究之于制度意义以及制度之于法律教育意义的复杂思绪，从而，为人们真正反省当下本土法律教育机制指涉了诸多话语资源。

晚清以降，伴随近代中国法律教育的萌发与呈现，法律教育的研究渐次游弋于法学学术的语境之中。清末沈家本和民国时期法律学者董康，通过自己的学术文本，梳理了中国古代

律学与律学教育的纹路与脉络，为人们理解近代法律教育和古时律学传授之间的渊源关系提供了引读代码。民国东吴法学院的《法学杂志》和民国法律学者孙晓楼的《法律教育》，通过系列学者对法律教育本身机制的考察，以及对域外法律教育的推介，将人们的视界导入了更为广阔的空间和更具意义的深度。自然，稍后的学人，诸如张伟仁、康雅信（Alison

Conner）甚至美国的 Roscoe

Pound（参见《之路》中这些学人的论文），借助中国以往和世界各国的法律教育的经验教训，挖掘了在中国时下语境中相互发明与彼此借鉴的可能意蕴。而 1950 年代以来的中国学者，亦在中国现代本土法律教育的兴衰中，时隐时现地展示了法律教育于制度氛围中的命运与前景。

但是，站立世纪之交，中国法律教育的研究需要提纲挈领而又不失“全书式”品格的叙事文本。因为，我们需要对研究进路本身进行重新清理，需要对所持理念进行重新开启，亦即所谓彰往察来。《之路》一书，为此作出了重要努力。

在《之路》中，通过多篇论文和《附录》的叙事，我们可以窥视前人的思考品性，知晓中国法律教育的历程，以及过往研究法律教育的心路，而且，能够发现各类法律教育机制在不同的社会历史语境中是如何生发与变迁的。自然，《之路》文本的重要，尤在于其向当下读者凸现了法律教育和法律制度之间互动关联的理解意境。

《之路》的编者在序言中警醒地指出：“法律教育赋予法律家以特定的知识和意识，法律教育培养着法律家思考和分析问题的方式，一国法制的面貌、法律在调整社会事务方面所发挥作用的强弱以及一般大众对于法律以及法律机构的态度等等都与法律教育有着深刻的和多方面的联系。在一定程度上，我们完全可以说，法律教育乃是一国法律制度最基本的造型因素之一。”（见《之路》序言）显然，如果认为从前的法律教育研究的主旨瞄置在了法律人才的培养方式之上，那么，《之路》则将研究的策略之一，潜入了培养方式在制度之中的深层意义。倘若人们承认制度在法学研究的视域中，从来都具有中心焦聚的引力位置，那么，《之路》的策略在此提示了一个重要问题：以往法学研究者将法律教育视作“边缘话题”而大题小做，是否确当？可以发现，许久以来，比较法的横向研究和法律文化的纵向研究已经标明了“法律社群”（或称“法律人”）在法律制度演化中的重要位置。然而，法律教育的研究却时常是以“副产品”的方式徘徊于法学研究的视域之内。这是失衡的，而且不无遗憾。《之路》文本承认并且确信，法律制度在一定意义上正是“法律社群”作用的动力产品。这样，“培养方式塑造法律主体”的问题，也就演化为了“培养方式重塑法律制度”的问题。从而，法律教育的研究理应获得“中心话题”的合法地位这一主张，也就成为了现代化法律制度构造图景的方案之一。这是《之路》的意见，亦为其贡献。

“法律社群”之于法律制度的意义在教育层面上需要开掘，这是毋庸置疑的。令人获益而又深受启发的，又在于《之路》文本没有停留于此。在《之路》论文的作者看来，法律人才培养方式的表象，隐藏了“广义制度”制约的背后场景。为什么清代幕徒法学培养具有独特的方式？为什么美国法律教育在“职业指向”的同时不失较高的学术水准？为什么 1950 年代以来中国的法律教育几经周折？这些问题在《之路》中可以得到“学科考古学”式的精细答案（参见张伟仁、苏力、方流芳等人的论文）。答案不同于口号意义的大面上的背景交代，而是试图在历史具体证据的微观连接上分析事件的发生与发展。如此，读者可以窥视直

至咀嚼其中的细微关联，从而，在反思法律教育改革之际可以同时关注“广义制度”的细节制约，进而有的放矢、步履坚实。同时，读者还可在其中领会“广义制度”经由“法律社群”钳制法律制度的传递关系。

当然，在对《之路》文本赞赏阅读的前提之下，我尚有两点不成熟的意见予以表达。

第一，《之路》如同许多法律教育研究的文本一样，提出了灵活教学的必要性和可行性。正如人们通常设想的，《之路》文本也认为，成功的法律教育应该是而且可以是素质意义的，亦即灵活开放。培养对象应该成为行业之内的具有思考反省能力的探寻者，而非单纯的技艺工匠。惟有如此，培养对象在复杂多变的法律社会中才能具备较佳的适应能力。《之路》论文作者指出，法律“概念的任何定义都是有争辩余地的观点，而不是真理”（页 42），不应圈定法律教学的“正确答案”（见页 76、122-125），应该借鉴清代幕友活动的灵活启发式教育（见页 240-242），应该“展示反对方的意见，以及反对意见的理论前设”（页 76）。

自然，《之路》文本也像其他法律教育研究文本一样，预设了一个假定前提：教学灵活是一定范围之内的教学灵活，灵活教学并未丢失“法律意义”的教学性质。换言之，法律教育有自己的行业区域，而行业区域并不排斥或者抑制较有自律的反思跃动。但是，我以为，这样一种看法依然面临一个可能存在的悖论境地：一方面，灵活教学试图突破法律行业教育的“栏栅设置”，另一方面，法律行业教育本身希望统一性一致性也即抑制灵活教学以维护自己的“学科栏栅”甚至学科权力。两者的作用方向是逆向的。事实上，从教学效果角度观之，灵活教育导致的反思跃动，完全可能引发“学科栏栅”的逐步瓦解。因为，我们的确可以发现在法律教学中对法律制度的深刻反省，势必导引反思者步入法律学科之外，去探寻法律周边以及背后的历史、经济、政治、文化等非法律的因素。这样一种探寻，已经“破坏”了法律与历史、法律与经济、法律与政治、法律与文化的学科分界，将法律的因素嵌入了其他学科领域，并将非法律因素裹进了法律学科领域。而且，我们也能发现，许多具有反思能力并且对法律实践施加了实质影响的“法律社群”中的关键主体，本身便拥有深厚的历史、经济、政治和文化的学科知识，他（她）们时常在“法律实践”的名义下，步出法律（通常意义上的“法律”）之外，冲破法律学科的既定规训束缚。概言之，灵活教学本身并不能够确保“法律探寻”的“灵活统一”的辩证限定，相反，倒是可能催化法律学科与其他学科的融合和相互侵蚀，使其行业分界变得模糊不清。

另一方面，如果认为，“法律人才的培养塑造方式”在某种意义上便是“法律制度的培养塑造方式”，那么，由此而来的深层问题则是灵活教学可能引发既定法律制度的动摇（比如用经济的或政治的方式看待和解决法律问题，形成经济制度或政治制度的方案实施）。我们都会认为，法律制度应该具有相对的稳定性和变动性。既然如此，我们便要面对一个困难问题：在需要法律稳定性的时候，灵活教学是否可能“破坏”此类稳定性？进而言之，当反思跃动导引反思者跨越法律学科栏栅、步入其他学科知识领域之际，法律制度可能因此发生了逐步的“栏栅”崩溃，而此时我们可能却需要相当的稳定与“顽固”。针对法律制度而言，灵活启发式的法律教育难免是个瓦解式的无始无终的解放诉求，它需要怀疑、批判、反省甚至自我否定的精神。依此而来的严重结果，势必迫使人们不能无视一个保守主张：法律教育的灵活有时并不一定要比“规训”式的填鸭教学来得更为具有适恰性。当然，笔者无意也无能力回应这里的困难问题，只是认为，阅读《之路》文本，可以推出这样一个需要揣摩的进一步的研究理路。

第二，与“灵活启发教育”问题相联系，在中国近代乃至现代法律教育的学术研究谱系和实际操作谱系两者之间，可以发现一个有趣的“不曾间断”的理论与现实的紧张关系：一方面，研究者呼吁灵活启发式的教学；另一方面，法律教育从基本面上来看事实上总是“规训”填鸭式的。《之路》文本的两篇《附录》，从侧面暗示了这一关系的存在。《之路》作者的研究姿态和立场，也再现了这一紧张关系在当下的踪迹。《之路》论文作者之一朦胧地指出，“在英文里，法律职业（the

Bar）是源于‘关卡’、‘障碍’和‘栅栏’等意思的一个引申词，它似乎表明这一行业本身的封闭性、垄断性”（页 7）。我以为，其实，我们可以大体认为近代以及现代法律教育的运作对应了法律职业的“产出”和稳定，难免会有封闭性和垄断性。从社会分工的角度来看，法律职业是社会资源分配的一种方式和结果。而社会资源的此类配置形成，时常会使法律职业群体之中大多数倾向于“固步自封”、“因循守旧”（这里不含贬义）。“固步自封”和“因循守旧”反馈于法律教育的直接影响，便是法律教学方式的“规训”泛化。有了这样一种看法，对前述紧张关系我们就不会感到奇怪了。而且，基于这种看法，对法律教育方式的反思便成为了对反思的反思：提出灵活启发式的教学这一本身意味着什么？它是否真正有益于法律职业的“制度生产”（如果认为这一“制度生产”具有合法性）？在不断提出之时，法律教育的实践在总体上是否总会依然固我？循此思路，法律教育方式变革的问题，也就变成了如何重新审视社会资源分配的历史及其合法性的问题，而不仅仅是梳理“广义制度”如何制约法律教育程式，或者呼吁教育的灵活开放。阅读《之路》文本，似乎可以引出这一另外的思考进路。

过去的教育者可能成为将来的被教育者，而被教育者也可能成为将来的教育者。此外，他（她）们本身注定会成为法律制度稳固与重塑的因素之一。但是，“教育”一词的用法，已经隐含了一种权力关系的配置。教育者具有知识而且具有启蒙的权力，被教育者处于了被“规训”的他者地位。在法律教育的语境中，这类权力关系在法律制度保守运作以及社会资源分配的场景中尤为凸现。因此，研究法律教育不仅要突出法律教育的“中心话题”地位（当然是诸多中心话题之一），搜寻“广义制度”对法律教育的制约，而且要反思灵活教学方式与法律制度保守运作的紧张关系，更要追问保守教学方式与社会资源分配的依赖关系以及“共谋”关系。这，同样是种研究中国法律教育的道路。

上传时间： 2006/3/14 文章来源：法律思想网

法律人的独立自治与社会认同

——贺卫方教授论中国律师改革

by 段文

司法改革在现实中国社会的必要性和紧迫性是无庸多言的，但很长时间内，这个改革总是停留在现行体制的整体框架中，仅仅进行着一些细小的修修补补，或者是在边缘处尝试着一些不痛不痒的微小变革。

去年底以来，随着十六大“政治文明”的号角，司法改革又一次成为社会关注的焦点，作为一国司法制度重要组成部分的律师制度也期待着全面地重新审视和社会定位。

北京大学法学院的贺卫方教授是中国司法改革的著名号手，多年来他一直在呼吁“通过司法实现社会正义”，持续关注并热情参与中国司法改革的进程。日前，本报记者就中国律师改革的话题独家专访了贺卫方教授。

当记者就去年下半年以来，中国律师业开始的一系列变革（个人律师事务所在北京、上海相继开禁；公司、公职律师在全国展开试点；律师从事证券业务的资格审批取消）请贺教授发表看法时，贺教授对这些变革表示了欢迎，认为这是律师业发展的良好举措。但他同时指出，这些所谓的变革仍然没有触及到我国律师业最深层次的问题。因此，贺教授告诉记者：“我更愿意从根本问题上来宏观地考虑中国的律师改革。”

法律人自治是西方法治的基础

《21 世纪》：由于律师本身是一个舶来品，所以某种意义上，我们所谓的律师改革其实是一个如何把西方律师制度有效地移植到中国的问题。您曾经到国外作过访问研究，能否介绍一下西方的律师制度？

贺卫方：律师制度在各国实际上是差别比较大的，它跟特定国家的历史传统、法律文化、社会结构以及律师的职业化程度有密切关联。

比如我们比较熟悉的英国律师制度，它的律师是有分工的，即有 Barrister 和 Solicitor 之分，我们一般翻译为出庭律师和事务律师，但不论如何翻译都不是特别准确、严格，所以也有人提出就直接叫“巴律师”和“沙律师”。而作为英国法律文化的继受者，美国却没有这种律师分工制度，所有的律师都是一个出身，即通过律师考试。但美国的律师考试实际上是一个法律职业资格考试，通过了这个考试的人可以到律师事务所当律师，也可以到某个公司当律师，还可以到政府当公职律师或是检察官，甚至在法院里也有律师，主要是为法官当助手，协助法官办案。至于大陆法系国家的律师制度差别就更大了。

不过我们需要注意到的是，西方国家的律师不管如何分工，他们是特别强调律师的共同性和同质性，形式的差别只是外在的，但作为法律人，大家的利益和追求是共同的，即建构一个法治社会使法律得以良好运行，这对每一个法律人来说，都是非常重要的制度环境。

所以，英国的律师很早就形成了律师的自我管理，自我培训，不是由政府来管理，而是强调律师自治。因为是自治的组织，律师就会关心法律这个行业的发展，关注法律环境是否良好，他们为此争取了一个更大的权力，即所有的法官都必须从律师中挑选，这是英美法官选任的一个重要制度，这是一种权力交涉的结果，早期的英国王室法院，国王也并不希望把法官的选任权力交给法律人这样一批专业人士，但经过长期的博弈，法律人最后取得了胜利，

他们获得这样一个权力，这实际上法律人通过自治力量进入国家管理的一个过程，这是一个重大的步骤，司法权是国家权力的一个重要分支，法律人对司法权进行垄断，意味着整个国家的政治生活将受到法律制度和法律知识的深刻影响。

不仅如此，律师还通过他们这种组织化的力量来更多地影响国家的政治生活，比如我们可以看到西方议会中，法律人占有相当大的比重，美国的历届议会，法律人出身的议员的比重都在 1/2 左右。议员中有很多法律人，立法权就自然受到了法律人的影响，律师所擅长的辩论的习性也被到了议会中，使得议会的辩论变得更加激烈，更加针锋相对。当然，法律人除了会辩论以外，还会妥协，这使得国家政治能朝着一个理性的和健康的方向发展。此外，越来越多的法律人进入到政府行政部门，对国家的行政权也产生着深刻的影响，像历史上很多的美国总统都是律师出身。

所有这些，背后都有一只强有力的手在推进，这个强有力的手就是自治的法律人组织，这个组织是不受国家权力干预的，它是一个专业性的民间组织。我们知道，如果没有这种自治组织，没有这种独立于政府的自治力量，国家权力就面对着一大堆原子化的个人，这个社会就难免走向专制，因为原子化的个人是没法与强大的国家权力相抗衡的。

所以，从某种意义上说，没有一个强有力的、组织良好的自治性律师组织就没法去实现法治社会。

中国律师的双重困境

《21 世纪》：这样说来，中国律师改革的核心问题其实是要首先解决律师的自治问题？

贺卫方：这确实是问题的关键所在。我们回过头来观察我们这个社会，你会发现，许许多多的矛盾都来自律师这个职业是舶来品的这样一个事实。律师这个职业在中国是没有历史源头的，尽管明清时代有一种人很接近律师，即讼师，但他们是排除在官方意识形态之外的，我们传统的司法结构就是官府对小民。所以律师这个职业，从一开始在中国的建立开始，就一直面临着一个很大的问题，它应该是一个独立的职业，但在中国传统的市民社会中，它又没办法独立生存，它必须有所依托，所以它就只能向政府依托，向官方依托，甚至到最后，律师职业的建立压根就是一个政府行为的结果。

我们来看中国律师的发展，特别是文革后律师队伍的恢复，都是政府在决定。这里面就产生了一个内在的矛盾，律师本身应该是一个自治的，自我主导的，在社会中间缓慢形成的一个职业，这样才会形成足够的力量。但现在有强有力的政府力量参与其中的时候，可以说是“成也萧和，败也萧和”，建立律师制度是政府，但又由于政府对律师职业的非常强有力的干预和管理，使得两者发生很大的对立。就像现在，我们希望有一支庞大而成熟的律师队伍，我们需要有社会律师、政府律师、公司律师，这都是律师专业化的发展的要求，也是法治建设的要求，但所有相关的制度又都不得不通过国家的行政力量来建立，通过律师的“主管部门”来达到要求。另一方面，我们知道律师执业的一个重要内容是在法庭上独立辩护，律师既独立于当事人又独立于政府。但是，每当遇到一些重大案件的时候，政府就必然会去操纵律师，政府会去协调，法官、检察官、律师三家一块商量一下，律师就不得在法庭说一些特定的话，比如不允许作无罪辩护，不得“泄漏国家机密”。

所有这些都表明了一个根本性的矛盾，律师本来应该形成一个自治性的组织，但历史并没有让它自我形成专业性的力量，当它通过国家这种力量来建立起来之后，建立者本身就成了破坏者，做梦的人也是使梦想——法治梦想——破灭的人。

《21 世纪》：我注意到，尽管发展缓慢，但从 1979 年到今天的 20 多年来，我们的律师队伍已经由最初恢复时的 212 人发展到了 12 万多人，律师事务所也由数十家发展到一万多家。而且我们的律师的平均收入也在社会阶层中处于较高水平，那为什么我们的律师还不能形成一个强大的组织，去发挥强有力的社会影响呢？

贺卫方：这是我国律师面对的另一个困境，就是律师职业化的程度不够高，导致它不能够同社会上的其他权力形成一种对抗与交涉的能力。

西方国家的历史已经表明，法律职业并不是因为分享了国家的权力才获得了存在于社会的价值。实际上，法律人存在的本身是在向社会进行一种论证，要向社会宣示他们是一种独特的力量，他们可以处理特定的社会矛盾，塑造特定的社会秩序，比如解决纠纷、处理案件，保证市场交易的安全，保证人们行为的框架具有可预期性，使人们都按照已经确立的准则来处理各种各样的问题，并在这当中更进一步强化人们的规则意识，并保障每一个人的自由。

法律人在这当中不断向社会显现出自己的独特性，比如法律知识的独特性，法律概念、语言的独特性－－法律人使用的法言法语，以其描述事物的精确性和简洁性区别于社会上其他的职业人群，而且这种话语还有一种高度的历史延续性和稳定性，保证了法律人之间达到精准的共识，再加上法律人在司法技术层面上的设计，像英美国家通过一种判例法的设定，使得法官不会是“今日之我非昨日之我”，从而保证了决策的可预期性。这样，法律人就显示出了自己的存在的价值，即在一个人心多变的社会中形成秩序、塑造秩序，这是法律人的特色，这就需要法律人不断向社会显示自己，并不断去说服社会。这是法律人得以形成力量的一个重要的基础性要件。

但现在我们的律师还没有形成这种能力，比如我们的律师进入门槛比较低，包括到现在，尽管有考试制度，很多不是学法律的人通过三个月的突击复习也可以考进来，根据一些非正式的统计，全国 12 万律师中间，真正受过良好的规范的法律教育的大约只有三分之一，当然这还是好的，比法官、检察官要好得多了。这种教育和背景多元化和多层次化的法律工作者中，不可能形成一种法律人内在的团结和认同，因为本身的背景和利益都不一样。

另一方面，我们的律师执业过程中，又不是完全通过运用自己独特的法律知识，独特的法律技术来为当事人服务，当然这和整个法律和社会环境有关系，“官司一进门，双方都托人”，“打官司就是打关系”，这些不正常现象都表明中国的司法决策并不是严格按照法律的规定进行，缺乏一种稳定性，这使得律师这个职业在中国首先需要的不是法律方面的知识而是其他方面的东西。所以律师面对这样的的生存环境，不大可能通过自己的专业化的知识来获得一种应有的专业化的权力，以此形成独立自治，以此获得社会的尊重。

另外，我们的律师不能通过诉讼，尤其是刑事诉讼来树立自己良好的形象，这也是一个比较严重的问题。律师要得到整个社会的认可，律师之间要形成一种共同体认识，这就需要律师中有一些楷模，但我们的律师行业其恰恰是处于一个没有楷模，没有典范的状态。在西方，许多人知道律师都是通过刑事案件，但我们的律师在刑事领域却没法充当一种制约政府

权力的力量，刑事案件的辩护在中国处于一种萎缩状态，人们说律师职业好，只是因为律师赚钱多，律师没有一种正面的社会形象，这是令人忧虑的。

中国律师改革的力量

《21 世纪》：说了那么多问题，其实最重要的还是如何去解决这些问题。您觉得就现有条件下，我们的律师能做点什么，从而改变自己的困境？

贺卫方：如果眼界更宽一点，不仅仅限于律师；同时目光更长远一点的话，我觉得有三个方面的力量是很重要的。

第一个方面当然是律师本身的力量。随着职业化建设的深入。律师应当意识到自己职业的独立性，应当通过各种各样的方式、途径来增进这种独立性，同时对社会的需求及时做出回应。律师应该具有良好的社会形象，但怎么树立形象？一些律师、律师事务所也在做着一些努力，比如通过做一些公益事业；比如召开一些学术研讨会，推进某些领域的学术和制度发展。不久前，山东青岛的一个律师事务所就召开了一个关于宪法司法化问题的研讨会，因为他们代理过三个青岛考生状告教育部的宪法案件。现在北京市的一些律师事务所也在利用建所十年的机会，邀请各方面人士进行交流、研讨。这些都是律师尝试对社会生活、国家政治生活产生影响的方式。这是一种好的方式。律师应该具有一种崇高的理念，律师也应该多一些知识性和学术性的活动。

同时，我觉得律师界还应考虑如何更好地对大学的法律教育产生影响。现在大学里很多法律实务性的课程都是一些学究气十足的学者在开设，而如果由一些资深的律师来讲这样的课程，就是一个很好的尝试，也是这个职业对后来人的一个培养的过程，这是非常重要的。

另外，律师应该广泛地开展和法官、检察官的对话，因为大家其实共属一个法律职业共同体，有共同的利益。过去由于官本位，法官和检察官居于官家的位置上，而律师往往边缘化。

但社会地位低的律师收入却反而更高，真正是所谓“重农农贫，贱商商富”。所以法律人之间显得格外的不和谐。我觉得现在已经到了这样一个时刻，我们可以通过更多的途径，建立一个平台来开展这三种职业的对话，大家不断来切磋、探讨，逐渐地能够分享同样一套法律的规则、法律的技术、法律的知识和法律的理念，这种法律人职业共同体内部的团结能够强化法律职业改造社会的力量，也能够使得律师这个职业的生存状况得到一定改善。

第二个方面的力量来自学术界。像我自己不从事律师实务，但我还是很愿意思考律师问题，关注律师的生存状态。我们（学者）可以写一些文章，可以发表一些演讲，可以通过大学课堂传递一些有关律师的信息，并论证为什么律师对法治建设是非常重要的，对市场经济是非常重要的，这样的工作我们过去做的确实不够。学者应当更加深入做一些工作，因为中国近代以来的法律职业化的建构过程实际上是一个学理的引进过程，学者一方面在论证建构法律制度的道理，另一方面学者也在广泛的地向社会进行说服，说服社会理解这种独特的职业，说服社会理解律师的独立并不是一件可怕的事情。学者以后还可以就某些个案进行具体的分析，说服有关方面学会理解法律人的逻辑，而不是一味的以大众的情感来代替司法。应该说，现在学者的地位和社会影响力正在逐渐提高，这个说服工作的空间也在不断扩大。

第三个方面的力量来自政府。现在有一个令人欣喜的现象，就是越来越多的法律人进入到了我们的政府部门，另外我听说全国人大常委会也要有一个比较大的举措，要增加职业化的委员，里面就有一些具有法律背景的人，以后就专门从事立法工作和对政府的监督。

我们应当想方设法去推动政府工作本身的法治化进程，尽管政府也确实一直在强调，但每当遇到一些重大的问题，我们就会看到政府权力的法治化还是一个比较漫长的过程。现在"政治文明"的口号比较流行，但什么是政治文明？我觉得政治文明首先就是严格按照一种已经确立的规范行使权力，它的核心就是法治，而法治中间一个重要的内容就是尊重律师这个职业的独立性。

我们常常讲一个社会需要稳定，其实法律人是最追求稳定的，因为他们是在用过去的规范来约束今天的行为，这本身就是一种稳定的力量。所以某种意义上，法律人还不大会与时俱进，甚至会显得保守一些，而保守的力量是一个社会秩序化的保证性的条件。或许我们应该重温 170 年前法国思想家托克维尔对法律人的分析，法律人这样一个群体，长期对法律的研究和司法的过程，使他们养成对规范的热爱，对秩序的热爱，使得他们对于来任何地方的盲动的力量都抱着一种藐视的态度，并愿意把人民对政府的不满纳入到法治的轨道中加以解决。

其实在任何一个国家，都不可能避免政府决策同人民利益的冲突，特别是在一个利益多元化的时代，冲突其实是不可怕的，可怕的是在冲突发生的时候没有一种规范的力量或权力加以有效的解决，并给出一种公平的结果。中国两千年来的动荡就在于我们没有一种有序的机制，没有一种公正的机制。一个可以为所欲为的政府其实并不是这个政府的福音，社会对政府越来越无可奈何之后，政府就会发现，它对社会也将同样无可奈何。

所以，稳定并不意味着没有冲突，关键是要把冲突纳入一种有序的解决轨道，而这正是法律人所起的作用。如果政府能够意识到这个道理，它应当乐于推进法律人的独立。

上传时间： 2003/8/18 文章来源：21 世纪经济报道

法律人的时代担当

——就"西南政法大学学子学术文库"出版访问贺卫方教授

by 贺卫方 / 《中国青年报》记者 崔丽

崔：为祝贺西南政法大学 50 周年校庆，一次推出 50 本法学文丛，无论在出版界还是校庆方式上，都可谓前所未有。您作为丛书的策划者之一，这种想法从何而来？

贺：自从上个世纪 90 年代以来，中国的大学已经进入了一个“校庆高峰期”，这是跟近代以来我国高等教育的发展历史有关的。在清末建校的一些大学如北洋（现天津）大学、北京大学等都陆续进入了百年期。另外一个高校“出生”的高峰期是 50 年代初期，1952－53 年的院系调整催生了一大批单科学院——当然，前提是终结了许多综合性大学。从去年开始，这批不少已经改名为大学的学院先后度过 50 周年校庆。100 或 50 都是传统上的大庆年头，所以全国各地的校庆活动频频举办就一点也不奇怪了。

不过，观察不少学校的校庆活动，似乎有些格式化了。通常不外乎召开规模巨大的庆祝大会，领导人题词甚至亲自参加庆典，并发表重要讲话。等到热热闹闹的庆典过去，留下来的东西并不多。在母校 50 周年校庆前夕，我们在北京的一些校友很希望能够以某种更独特而富于意义的方式作些贡献，于是，在法律出版社的鼎力支持下，就有了这样一套大型丛书。

崔：我们知道，西南政法大学偏居重庆一隅，但从那儿走出来的法律人，如丛书的许多作者，他们当中很多人已成为当今中国法律界的精英。有人称之为“西南现象”，您如何解读这种现象？

贺：的确，重庆远离政治中心，又非沿海城市，但是，西南——请容许我这样简称，我不大喜欢“西政”这个简称——确实培养了不少知名的法律人。就文革之后的情况而言，她在几所政法院校中第一个恢复招生这一点非常重要。1982 年，全国法律院校共毕业学生 700 余人，西南一校就占了半壁江山，是所谓得风气之先。1978 年，教育部确定西南为全国重点院校是另一个重要因素，这使得学生来自全国各地，强化了不同地域文化之间的交融。当然，更重要的是，西南的教师对于教育的全身心投入。我们的老师们那种热情而又严谨的治学和研究风范对于学生的影响很大。此外，偏远有时未必是坏事；少了各种外部刺激，学生们只有埋头读书，相互切磋，这反倒可能成为一个有利因素。

崔：这套法学丛书命名“文库”，很有些博大精深的意味，它们都涵盖了哪些方面的内容？

贺：50 种著作放在一起，大概可以当得起“文库”的名号了。这些书涉及到法学的各个领域，从法律理论、宪政、法律史，一直到各个部门法。值得注意的是，其中有十余种出自从事司法以及行政和立法等实务部门的校友之手，这显示了西南毕业生浓厚的学术情结。我相信，这种实务家而钟情于理论，注重以理论导引实践，同时又从实践中开掘理论，已经成为西南法律人的一个重要风格。另外，西南法律人颇具个性的治学路数，尤其是既有厚实的法学专业根基，又有宽广的人文视野的方法论特色，在这套丛书中有很充分的体现。

崔：这套丛书中，您的书名为《超越比利牛斯山》，听起来颇具文学色彩，“比利牛斯山”有什么特殊的象征意味吗？其中融汇了您怎样的法治思索？

贺：很惭愧，我的那一本只是自己过去文章的选本，野人献芹而已。书名取自法国思想家帕斯卡尔对于正义标准随着地理的纬度而变化的批评：“所有的正义或不正义都在随着气候而改变其性质。三个纬度就颠倒所有的法理，一个经度决定真理，根本大法频频改变……以一条河或一座山来划界是多么可笑的正义。”所谓超越比利牛斯山，就是要追求正义准则的统一性而非国别特色，深入地挖掘法律制度建构必须关注的内在机理，意味着对法学本源

的探索，表达了对“毋固、毋我”境界的向往。

崔：我注意到，司法改革是这套丛书着意探讨的一个重点话题，那么在推进我国法治化的进程中，作为法律学人应该有怎样的担当？

贺：的确，司法改革是文库中不少著作的主题，这也反映了近十年来我国法学研究的一个趋势。司法研究之所以成为热点，跟人们越来越意识到没有良好的司法制度，我们就不可能有良好的法治有关，同时，至少我曾经设想，司法改革可能成为政治体制改革的一个突破口。通过建立一套公正的司法体系，我们很可能实现深层次制度的渐进而平稳的转型。当然，近来这样的想法受到了某种质疑；目前司法改革遇到的某些阻力表明还是需要“两手抓”，而且“两手都要硬”。不过，我们还是确信，法律人对于司法正义的推进是有助于更广泛的社会变革的。在这个变革的时代，法律人一方面要致力于法律体系本身的完善，另一方面，参与政治、改造政治生态也是他们当仁不让的使命。

崔：您是西南 78 级学生，你们这一届毕业生似乎怀有一种深深的“西南情结”，西南留在你们心底最深处的法律精神是什么？

贺：那种“西南情结”可能多少跟我们这一届毕业生已经人到中年，开始怀旧有关吧。当然，重庆的那种爽直、朴素的民风民情给大家的熏染也是其中一个重要原因。冰心女士曾说山东是她灵魂的故乡。对于我们中的许多人而言，重庆也是梦牵魂萦的所在呢。至于说法律精神，在一个尚未实现法治的国度里，可能各个法律院校的毕业生都会有一种专业理想与社会现实相互冲突带来的心灵震荡和强烈的忧患意识。西南人虽然有些处江湖之远，不过这种忧患意识似乎正因为遥远而愈发强烈。

崔：面对走过 50 年的母校，面对 50 本法律丛书所见证的学术成就和法治进程，您现在最想说的一句话是什么？

贺：我想起了西南校园里那些高高的台阶。这 50 本书是成绩的总结，作为作者之一，更希望它们成为后来学子们跋涉学术以及法治高峰的 50 级台阶。

2003 年 9 月 19 日，2003 年 9 月 24 日《中国青年报》发表时有些删节，这里是全文

上传时间： 2003/9/24 文章来源： 本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

法律硕士教育二题

之一：新世纪经济社会发展与民主法治建设对法律教育的要求

一、依法治国对高素质应用型法律人才的需求

20 世纪 90 年代末，在经历了 30 年的艰苦探索以及历尽重大挫折之后，我们终于确立了依法治国的治国方略。对于符合怎样的标准方符合法治国的要求，人们的界定有所差别，但是某些基本的共识还是存在的。例如，法治社会是一种规则之治，要求人们的行为都必须在明确规则的约束下进行。在法治社会中，政府的权力也必须受到已经确立的法律规则的限制，政府行为也需要合法，而不允许以专断方式行使。法律本身应当自成体系，不可相互矛盾，令人民无所措手足。法律应当稳定而不可频繁修改，因为朝令夕改足以导致人民无从预期某种行为在未来的合法与否。司法必须独立，独立是司法得以权威地处理案件的前提，同时，只有独立，才能够保障司法决策在空间和时间两个维度上的统一，从而强化规则的可预期性。

在强调依法治国是一种法律规则对社会的统治的时候，我们不应忽略的是，规则并不仅仅是由立法机关制定和颁布的立法条文；在更广泛的社会生活层面上，在具体的案件与纠纷的解决过程中，法律实际上是什么，离不开由法官、检察官以及律师所组成的法律职业群体对立法条文的解释和适用。立法不可能包罗万象，面面俱到。立法本身受到立法者的知识范围以及经验的局限，他们不可能制定出包罗万象的规范。用不完备的规范去管理千差万别的社会，法律文本中的缺陷只能通过高素质的司法职业群体加以弥补。

立法的规范是模糊的。虽然法律语言要求严谨准确，但是，模糊性仍然是无法避免的。在一定程度上，模糊性是与语言本身与生俱来的特点。就立法而言，模糊性有时恰好是一个优点，因为它能够确保在立法条文不经常修改的情况下，法律对社会变化更强的适应性。而且这种模糊可能恰好更有适应性。不过，适应性要建立在构建良好的法律职业群体，最终要靠法官去适应。当然立法还要受到其它各种因素的局限，比方说立法的滞后性，因为立法是有一定稳定性的，而社会生活则是日新月异的，从而造成法律的稳定性与社会的变迁之间内在的紧张关系。法律并不仅仅是立法性的规范，它还包括解释性规范，在有立法性规范的同时，还要有丰富的、严格的、统一的解释性规范，只有这样才能保证市场经济的良好发展，这里的统一性尤其重要。

如果说在实行判例法的英美法系国家，法制统一主要依赖的是判例法独特的运作机制以及上诉法院和最高法院的统一法治功能的话，在实行成文法的我国，统一法制最重要的基础却是司法决策的参与者法官、检察官以及律师统一的知识背景和对司法公正的组织化的追求。高层次的法律教育通过系统的课程安排，通过对法律知识传统的深入领悟，通过对各部门法的各种概念的精确理解，通过对司法程序的技术与理念的严格掌握，以及通过教师们的言传身教，从而使进入法律院校的一代一代年轻人不断地由不懂法律为何物的外行变成合格的法律人。在一个法治国家里，这些经过系统的法律教育的法律人不仅仅处理法律上的纠纷与案件，更重要的是，他们可以参与到更广泛的政治和社会事务的管理之中，从而将法治的逻辑应用到社会的每一个环节，最终形成良好的法治秩序和社会秩序。

二、市场经济对高层次应用型法律人才的需求

近年来，对于社会主义市场经济就是一种法治经济已经达成了广泛的社会共识。与自然经济不同，在自然经济条件下，商品交易基本上发生在一个较小的地域范围之内。地域范围

的狭小意味着交易多发生于熟人之间，交易者的熟知也意味着文化更多的相似或相知，甚至在特定的区域可以形成一种得到公认和共同遵循的交易规则，以及与此相伴随的纠纷解决机制。与此同时，熟人本身就是交易过程中诚实信用的保障条件。因为欺诈和其他不诚实行为会在熟人社会迅速传播，从而使欺诈者很快失去其市场。

在计划经济之下，没有了私有制，所有的生产和交易行为都变成了政府行为，交易安全以及纠纷解决等问题便被消解掉了。计划经济消灭了在市场经济中经常发生的一些困难和弊病，但是，它自身固有的弊病却难以克服，那就是普遍的效率低下和实际上经常发生的分配上的不公正。

市场经济建立在经济生活和生产交易主体的多元化基础上，与此同时，商品流通的范围也大大超过自然经济时代。在这种经济模式下，经济主体以追逐利益为基本导向，而且交易大量地发生在陌生人之间。地域的扩大也表示着文化多样化的加剧，传统的能够约束人们行为文化规范和旧有的纠纷解决机制都弱化甚至失效了。另一方面，计划经济下政府对经济生活的统制也丧失了合法性，企业或个人都获得了自主权，政府权力必须退出市场。这样一来，经济交往以及更广泛的社会交往中所发生的种种纠纷就只能交由法院或其他准司法机制加以解决了。

在市场经济下，法院不仅直接解决纠纷，而且通过对案件的评价而向当事人以及公众昭示怎样的行为是合法的，怎样的行为是违法的。如前文所述，司法决策重视在空间和时间两个维度上的统一，重视严格地遵循法律的正当程序，重视以理性的态度审慎的判断方式。这是一种运用专业知识和技术对任何专断权力的进行限制和制约的机制。这种机制的最大价值在于它可以为人们预测其行为的法律后果提供保障。于是，人们便可以在明确的法律框架和司法程序之下，获得交易的安全，获得预期的利益，从而推进整个社会的经济发展与市场繁荣。

在这个意义上，“市场经济便是法治经济”的说法是完全可以成立的。与此同时，我们也需要明确，这样的法治经济的发展离不开一大批高素质、应用型的法律人才。

三、司法改革对法律人才以及法律教育的需求

目前，我国的司法改革正如火如荼地进行。随着改革的不断深化，人们越来越清楚地意识到，人的问题是极其重要的。如果我们没有一个受到良好法律教育并一心追求正义的法律职业群体，则司法公正就是一个永远无法实现的目标。

近年来，各种数据都可以表明，目前我们的法官、检察官以及律师的整天教育水准是相对令人忧虑的。由于长期以来我国的法律职业与法律教育的脱节，由于文革前和文革中法律教育的萎缩和停顿，造成文革后法律人才的青黄不接。尽管大学的正规法律教育在 1977 年开始恢复，但是，由于招生数量甚少以及人才培养本身的周期要求，“远水不解近渴”，刚刚恢复正常业务的法院，复办伊始的检察机关以及近乎白手起家的律师业都面临着巨大的人员缺口，于是只好降低录用标准，让来自各行各业－－中学教师、复转军人、企事业干部等等－－的没有法律教育背景的人们进入法律职业。为解决大多数人没有法律教育基础的问题，司法部门又开办业大、函授等多种多样的教育渠道，让在职人员可以有一个便捷的途径获得大专文凭以及职业资格证书。然而，令人不安的是，临时性的措施似乎在逐渐地走向永久化：

一方面许多正规法律专业毕业生想进司法机关而不能，另一方面，各种没有受过大学法律教育者仍然可以堂而皇之地进入司法机关，于是，司法机关所办的各种教育机构居然将永远办下去。

司法人员教育背景的参差不齐将导致某些严重后果。首先，司法人员教育背景的不统一意味着他们的知识的不统一。司法人员，无论是法官，还是检察官和律师，都担负着对法律条文加以解释的使命。在法庭上，他们需要运用统一的概念、语言和技术进行沟通；在不同的地方和不同的时候，这种统一性是保证"同样的案件同样的对待"的基本前提。因此，教育背景上的差别不仅足以损害法律面前人人平等这一基本原则的实现，而且，还会让法庭之上的沟通变得极其困难，从而损害法律职业者的团结。

第二，教育背景上的驳杂不一将导致不同的人对法律职业伦理职责理解上的混乱。作为以社会正义为最终追求目标的职业人士，法官、检察官以及律师具有很高的伦理要求。他们需要严格地遵循相关的职业伦理规则，并且形成职业内部对这些规则的共识，从而形成同事之间的相互监督机制。面对今天的司法风纪问题，人们往往过于倚重思想教育和来自职业之外的严厉监督。但是，人们往往忽略了，真正有效的监督机制恰恰不是来自外部；同事之间对相关职业伦理的一致认识和将这种认识化作细致入微的行为。在这种情况下，任何对伦理准则的违反都可能为同事所觉察，并受到来自周围的一致鄙视。这样的环境会形成巨大的压力，同时也是一种巨大的动力，因为它会在心理上激发人们在一个职业共同体内部追求卓越，从而有效地减少腐败和其他不当行为。事实上，一些法治发达国家法律职业的建构历史已经清楚地证明了这个道理。

第三，迄今为止，世界各国法治建设的经验也证明了，只有给法律职业的入门设立专业化而且难以逾越的门槛，才能够提高法律职业界自身的尊荣感，并强化司法对纠纷与社会冲突的调整力量，树立起全社会对法治的依赖。相反，选任标准上的混乱则足以令法律职业纲纪败坏，声誉扫地，从而引发社会诉诸于贤人或强人统治，最终破坏依法治国的事业。西谚云："法院不受尊重，国家走向灭亡。"正是这样的道理。法院如何能够获得尊重？最重要的条件就是，提高法官以及检察官和律师的选任标准，使法律职业获得良好的社会公信力。

之二：JM 教育应该成为法律教育的主渠道

一、从通才教育到专才教育

大学的法律教育的培养目标是什么，这是任何教育都必须首先明确的一个问题，同时对于法律教育而言，又是一个常存争议、历久常新的问题。我们这里的症结在于在迄今为止的相当长的时间里，没有确定出一个稳定的目标，当然也不存在与稳定目标相适应的关于合格毕业生的标准。意识形态的变化足以导致培养目标上的巨大差异。这大抵上也反映出我们的法学还没有获得独立的地位，并且也缺乏稳定的法学知识传统。

从大的方面来说，法律教育的目标不外乎两个，一是为法律行业培养新人，一是为更广泛的社会成员提供法律知识与意识上的训练。各国传统不同，对于这两个目标又各有偏重。英美法系国家偏重前者。在那里，接受法律教育在大多数情况下意味着对法律职业的选择；

而大陆法系则偏重后者，即大学法律教育通常只是国民素质教育的一部分。虽然从事法律职业需要经历大学法律专业的教育，但是，多数法律专业学生将来从事的却是法律之外的职业。例如日本，目前每年各大学法学部毕业生数以万计，而每年进入几种主要法律职业（律师、法官、检察官）的人数却只有区区 700 人。在大陆法系国家，少数选择法律作为终身职业的毕业生通常需要再接受法律职业界所主持的行业训练。

两大法系国家之间的这种偏重无所谓优劣之分。但是，培养目标上的差异必然导致二者之间在法律教育的内容、专业化程度、教学和学习方法乃至教科书的编写风格等方面的差异。德国比较法学家茨威格特和克茨评论法国的法律教育时这样说："法律并不纯粹是一种专业训练的对象，而是人们可以从中学习清晰地思维、透彻地表达以及练习修辞技巧的一个领域。这枚硬币的另一面则是法国法律教学内容常常只是净化了的原则，它无需为寻找社会现实问题的解决手段而困扰。但是，以这种一般化的、非实践的、甚至是'书本的'方式学习法律却是深化那些将来准备成为法律家的年轻人知识的一种有效方式。"尽管许多方面与大陆法系相似，但我国的情况很不相同的是，第一，我国正规的法律教育长期发育不良，"文革"期间几乎全面中断，虽然近二十年来全社会对于法制的要求不断强化，但是，法律教育究竟应当确立什么样的模式却是长期徘徊。于是便出现了第二，法律教育的层次多样化了，办学途径也多样化了。世界上大约没有第二个国家在正规的大学之外有像我们这样名目繁多的法律教育种类与层次。教育机构之外，非教育机构也大办法律教育，例如司法机构所设立的检察官学院、法官学院等等。非教育机构所办的训练机构照样可以授予文凭。办学层次方面，高可上博士后，低可下职业高中！凡此种种，原因都在于通过法律教育要培养什么人的问题我们并没有搞清楚，或者说，在理解上非常混乱。这种混乱必然导致教学内容上的参差不齐，欲想令如此驳杂不一的毕业生头脑中的法律概念、原则、理念具有统一性，从而带来司法决策的统一，势将是缘木求鱼。

二、法律专业本科生教育的局限性

除旧布新过程中一定程度上的混乱也许并不值得大惊小怪。除了教育管理体制上的混乱外，我们这里的问题首先在于试图将世界不同地方法律教育所要追求的各种目标都囊括进来。如此便有了这许多层次的法律教育，有了各种各样的法科学生。我们需要检讨目前的各种层次的优劣，以便整个制度的调整和改革。

首先，法律教育的本科生层次是最值得关注的。沿袭大陆法系法律教育的传统，我们长期以来的法律教育可以说是"以本为本"的，那就是，将法律专业本科生作为法律教育的主渠道。从世界范围的实践来说，"以本为本"有着广泛的成功先例。目前，除了美国之外，几乎所有的国家法律教育的起点都是本科生，即完成高中教育之后便进入法律院校学习法律。四年大学教育完成之后，再经过若干年的职业培训，便进入法律职业界。值得注意的是，大学之后的职业入门考试以及职业培训基本上都是由法律实务部门主持的，这也许反映了法律职业界与大学之间的某种权力冲突和妥协。

近年来，在世界范围内，法律教育有某种朝向美国模式转向的趋势。出现这样的趋势的原因目前尚没有得到深入的探讨。一个重要的原因可能是社会分工的日趋细化和深化导致法律知识的越来越复杂，这样便使得专业知识与一般常识之间的距离越来越拉大，那种仅仅依赖决策者的声望与经验便胜任愉快的纠纷解决模式已经成为历史。当然，从内在的特质看，法律学本身便是一种实践理性；它不仅仅是一整套自恰的知识体系，更是一套以问题为指向

的解决社会矛盾与冲突的方法，它要求教育者和受教育者都具有一定的社会生活经验，否则，法律教育就只能走向空泛的理论，而难以与社会事务的实际调整发生真正的关联和契合。

“以本为本”式的法律教育面临着的正是这样的困难。高中毕业，在 18 岁左右便开始法律专业知识的学习。学生们对于他们所学习的这门知识所对应的社会关系几乎没有多少认真的观察和系统的思考，对于法律与社会生活的关联性没有多少体验，因此，在学习过程中就只能从书本到书本，满足于教师的灌输，将法律变成为一种记诵之学。更因为此前对人文学科以及社会科学的基本知识没有多少了解，所以，又不得不分出很多心力修习这方面的课程，以便完成大学教育所承担的将受教育者变成“博雅之士”的使命。学习时间只有短短的四年，又必须在法律之内与法律之外进行两线作战，年龄幼小又无法使学习者真正地领悟法学的真谛，把握法律职业的必要技能，我们的法律教育便只能是进退失据，左右为难。近年来，随着法律教育的发展以及社会对法律实务人员要求的提升，“以本为本”的法律教育越来越显得捉襟见肘，实务界辄有怨言，当然不是偶然的。

三、法学硕士教育的设置初衷和局限

既然本科生层次的法律教育有这样的局限，那么，我们还有本科后的教育，即法学硕士教育，能否通过一定程度的改革，将法学硕士作为法律人才培养的主渠道呢？

这里面临的第一个困难是法学硕士制度设置的初衷是法律教育和学术人才的培养，它所预期的毕业生是学术法律人（academic

lawyers），而非实务法律人（practicing

lawyers）。为了实现这样的目标，法学硕士在入学考试标准、专业划分、课程设置、导师以及毕业论文写作等各个环节上都是以学术为指向的。虽然近年来法学硕士招生人数越来越多，毕业生进入司法实务部门的数量也越来越多，但是，上述各个环节中的学术指向却没有发生多少变化。虽然许多人将来只能从事实务工作，但我们的目标却是学术的。于是在教学过程中我们就不得不面临许多矛盾和问题，在某些环节上甚至左右摇摆，结果弄的非驴非马，不知所措。

JM 项目的引入标志着决策者对这个问题的清醒意识。但是，由于受到各种因素的牵制，我们没有在压缩法学硕士以及法律本科生的基础上开展 JM 教育，而只能新旧并举，结果改革本身又产生了很多问题。例如，如何保证法律专业本科毕业生的考研机会，如何协调两种硕士之间的关系，如何在各个环节上区分两种硕士的教育，等等。也许，现在已经是应该对目前的这种多头并举、犬牙交错的法律教育现状进行整合的时刻了。

四、JM 教育作为法律教育的主渠道

JM 教育能够有效地解决我们现存的问题。首先，它是一种本科后教育，这不仅仅有助于提升法律人才的层次，而且，对于现行“以本为本”的法律教育模式中的缺陷能够作出很大的弥补。本科后教育意味着学习法律的学生的年齿和阅历的增加，这样，学习者可以更好地领悟作为一门实践型和社会性学问的法律学，从而改善法律教育的效果。

其次，本科后教育意味着多背景的本科毕业生进入法学院的课堂，意味着不同知识的交融和对法学发展的推进，意味着法学院的毕业生具有复合型人才的特征。无论是国外的经验，还是我们过去几年的实践，都清楚地显示出，那些已经受到其他学科本科教育的人们进入法学院之后，过去的知识背景并不是他们理解法律问题的障碍，反而经常是一种动力。在本次调研过程中，一些在读 JM 学生就举出了不少例证，证明交叉学科的知识与方法是如何帮助他们更深入地思考法律问题的。相信随着司法制度要因应的社会关系的日趋细化和专业化，这些复合型的人才将会发挥他们越来越明显的作用。

现在，我们需要明确的是，任何一个国家的法律教育都必须走向一种模式，而不能够将所有的看起来良好的制度都纳入到一国的教育之中。我们建议，在未来的一个不长的时间段里，逐渐压缩法律本科生和法学硕士生的招生规模，在 10 年左右的时间里，确立 JM 教育在我国法律教育中的主渠道地位，从而理顺我国的法律教育体制和法律教育与法律职业之间的关系。

2001-10-4 0:35:22 发表于雅典学园

上传时间： 2001/10/7 文章来源：雅典学园

法律诉讼与足球比赛

看上去似乎是风马牛不相及，不过，按照维特根斯坦的“家族类似”道理，当我们把足球比赛视为一种游戏的时候，未尝不可以看到法院的审判程序也具有游戏的特征，同时也可以揭示和分析法律诉讼与足球比赛之间相似的地方。不仅如此，这种比较可能还会对我们思考现行司法制度所存在的某些症结有所帮助。

我们首先看到的相同之处，是二者都是一种发生在利益相对立的当事方之间的争斗。你赢我输，我多得你就会少得。足球比赛有时会出现双方势均力敌，拼尽九十分钟，战成平局的情况。法律诉讼也会如此，当事人之间几个回合下来，无法决出是非，或者发现双方都有问题（法律术语所谓“混合过错”），于是各打五十大板，平局结案。

法院要依法审判，这跟足球比赛（以及其他运动游戏）必须依照规则进行是一样的。了解法律的人都知道实体法与程序法是法律的两个组成部分。违反合同义务，造成缔约对方经济损失，违约者须承担赔偿责任。这是实体法。当发生纠纷后，案件由哪个法院管辖，当事人如何提交相关文件，证据如何收集和提交，审理程序如何进行，等等，乃是程序法。足球场上的规则也同样有这样的划分：足球出界后应由对方发界外球，处在越位位置的进攻队员进球无效，背后使绊子应受黄牌警告，情节严重者应红牌罚下，等等，这是实体规则。对是否构成犯规的判断由何人作出，双方发生争议应当循着怎样的途径解决，必须决出胜负的比赛是打延长时，还是直接来点球大战，则是程序规则。关于规则，要紧的是双方适用者应当

一致。也就是说，规则的宽严尺度需要平衡地把握，不能厚此薄彼。因此，如何从制度上尽可能地使法官或裁判公平执法就成为至为关键的事项。

足球的裁判和法院的法官一样，都是握有很大权力的角色，也都是需要瞪大眼睛、谨慎地行使权力的人物。人们经常说要提高裁判的业务和职业道德水平，如同人们呼吁要惩罚某些法官徇私舞弊、枉法裁判的行为。尽管舆论对足球裁判常有指责，但相对而言，法官这方面的问题或许更严重。主要的原因在于，我们在足球比赛的裁判方面设计了更为合理的制度，例如裁判从第三地出身者中选任、实行主客场赛制等。另外，足球比赛场景以及决策方式的特殊性也有助于减少裁判可能的偏袒和腐败。我们可以想象，去年北京国安主场以 9：1 大胜上海申花的那场比赛，假如当值裁判是北京人陆俊，上海人会如何评价这场比赛呢？或者，假如比赛结束后，裁判告诉两只球队和现场观众，尽管在比赛过程中，北京队进了 9 个球，上海队只进了 1 个球，但是，这场比赛的胜负还要由裁判向某个委员会汇报，由该委员会作出最终的裁决。讨论中，一些委员认为比赛结果是唯一尺度，应承认场上结果。但大多数委员不以为然，认为上海队水平要略高于北京队，这样的比分是不正常的，应该按照真实水平判上海队小胜一球。最终裁决结果，大家妥协，不偏不倚，判 2：2 双方平局。

这实在是太荒唐了！你一定会这么说。可是，当你观察我们的司法过程时，就会发现这种情况却实实在在是经常发生的。例子么，眼前就是。1 月 9 日《南方周末》“人与法”专栏就发表了一篇题为“一起纠纷，两地立案，四次审理”的报道，广东省与河北省的两家企业发生一起并不复杂的购销合同纠纷，结果两地法院都受理，判决的结果却大相径庭，闹得当事人两头奔波，无所适从。近年来，不同地区的法院争管辖、以是否属于本地区企业为标准判断胜负的事例并不少见。按说法院无论设在何处，都是国家的司法机关，管辖容有模糊或可争议之处，但适用的法律标准却应当是一致的。为什么该案会出现如此不同的结果，为什么那么多经济纠纷当事人千方百计地力求在本地法院打官司，为什么有些法官会执意偏袒本地当事人，为什么主持审判的法官要服从那些并未参见案件审理者组成的审判委员会对判决结果的结论，进而言之，为什么异地当事人之间经济纠纷败诉的外地人会经常感到不公平，并且硬抗着不执行已经生效的司法判决？

不见得都是法官有意违反司法伦理，实在是因为他们不得不如此——汉密尔顿先生有言：“就人类天性而言，对某人的生活有控制权，等于对其意志有控制权。”

不见得都是裁判结果不公平，但是，法官就是当地人，受制于当地的权力网络，决策过程又经常在幕后发生，叫外来客如何不怀疑地方利益的影响？

虽然我们的足球冲不出亚洲令国人很懊恼，但是，对于正在进行的司法制度改革，足球比赛的若干规则却可以给我们一些启发。

原载《南方周末》1998 年 2 月 26 日。

上传时间： 2001/9/15　　文章来源：《运送正义的方式》

法律制度全球化：百年未竟的事业

受访者　贺卫方　北京大学法学院教授、博导、北大司法研究中心主任

□记者　谢春雷

记者：加入ＷＴＯ，我国的法律体系要与国际接轨，那我们与国际上的差距是什么时候显现的？

贺卫方：差异已经存在了几千年，但直接的冲突却是１８０年前的一个案例。１８２１年，美国商船艾米力号在珠江口岸卸货时，恰遇一名中国妇女落水身亡，中方指责是美国的一名船员用瓦罐将妇女砸死的，而美方争辩他们的船员只是将瓦罐递到妇女手中，当时的广东省番禺县县令上船审理此案。在审理过程中，美方提出传唤有利于他们的证人，要求有辩护的权利，并要求案件公开审理，不料这令番禺县令勃然大怒、拂袖而去，临走还丢下话：如果不交出“凶犯”，就要扣押船长。美方被迫交出嫌犯。几天后番禺县单方审判后照会美方，“凶犯”已“供认画押”，并已被绞死。美方立即发表声明，提出强烈抗议。

这一事件给以后中西方交往带来了很大的负面影响。

记者：当时的差距体现在哪里？

贺卫方：从西方对当时中国法律制度的不满可以看出差距所在：一、当时的秘密审判制度让西方人难以接受，中国古代的法官没有接受严格的法律训练，因此没有严格依法裁判，案件的判决运用“月朦胧，鸟朦胧”式的诗化语言，西方人不能忍受这种看上去非常美妙但很模糊的判决。

二、司法程序的缺陷。虽然当时中国判案也有一定的法定程序，但在西方人看来是相当粗陋的，而且经常得不到严格的遵循，官员断案表现出极大的随意性。

三、专职律师的空缺。律师制度在当时的西方已相当普遍，律师是保障人权非常重要的一种职业。虽然中国从宋代开始就有讼师，但在官方的眼里他们总是以“害群之马”的形象出现，令主流意识形态反感。

记者：这种现实是否客观上迫使中国的法律制度走向国际化？

贺卫方：确实如此。１９０２年晚清就开始大规模学习西方的法律制度，成立专门机构，主持对整个法律制度的修改，最初学习的是国力最强盛的英国，但后来经过考察发现，英国的法律卷帙浩繁，几乎要求法官成为历史学家，而且英国的法律内在地有一种崇尚个人主义、自由主义的传统；美国是一个总统共和制国家，都不适合中国。反过来对照法国、德国的法律制度，就好像按图索骥，是很机械化的操作，只要把它翻译过来就行，可以速成。况且，

日本也是这样走上富强之路的。因此，中国最终走上了学习欧洲大陆法系的道路。

记者：但历史证明这种法律制度的国际化并没有成功。

贺卫方：是的。上个世纪中国发生了巨大的变化，一个重要的变化就是从上个世纪５０年代开始我们的法律全面走向社会主义道路，法律体系也受到强烈影响，比如说司法过程中的群众路线、大众化、反专业化等。１９５２年我们开始了一场司法改革运动，但当时的社会状况不大有利于建立一个法治国家，主要是领袖人物被神化，你没有办法去想象还要建立一个法律制度来限制政府的权力，再加上计划经济也排斥法律，结果中国不是要用法律而更多的是以“运动”的方式来调整社会关系，但走到极端（如文化大革命）时，社会反而走向了完全的动荡，人人自危。直到改革开放，我们才知道，离开法治不可能建立良好的社会秩序。

记者：那么加入ＷＴＯ后我们重提法律制度全球化是基于什么背景？问题在哪里？

贺卫方：我们可以注意到，在ＡＰＥＣ会议上，中国政府向与会国家代表承诺，我们要修改我们的法律体系，要跟国际接轨。这好像是１００多年前我们应该做的事情，今天又提出来了。当然，背景完全不一样，但是在法律的改变上，我看不出有太大的区别，我们仍然在完成１００多年来没有完成的事业。对照ＷＴＯ对其成员的要求，我关注的是中国的司法体系能否符合这样的准则。

比如说，ＷＴＯ要求各成员的法院要独立地审查政府行为的合法性，也就是说，政府的权力必须受到司法审查的约束，政府如果违法的话，法院应该独立地将这种违法行为加以审判、纠正和惩罚，这是对政府权力很大的制约。但我们的法院有这样的权力吗？我想，着眼于ＷＴＯ的要求，我们要迅速使司法与地方的权力脱钩，我在考虑，我们是否可以建立一种与行政区划不一样的司法区划，否则没办法杜绝地方保护主义，也不能解决打官司的“主客场”之别。

另外，观察今天的司法制度，司法过程的不公开、不透明依然存在。ＷＴＯ要求建立一个公开的、透明的司法体系，所谓公开和透明，首先要求依据的法律准则必须是公开的、清晰的、明确的，但我们现在有时提一些很奇怪的口号，比如最近很流行的“在司法过程中既要讲法律效果，又要讲社会效果”，我不知道什么叫法律效果和社会效果，我觉得，对一个法官来说，严格依法裁判，是最重要的社会效果。

公开、透明还体现为法官个人审判的独立性，但现在我们法院审案的行政化倾向很严重，法官说了不算，要经过领导审查。还有审判委员会制度，严重不符合司法公开制度，往往决定案件判决的是审判委员会合议的结果，而这个过程是不公开的，这还严重损害主审法官的尊严。还有卷宗制度，法院判案分正卷、副卷两套，律师和当事人只能看到正卷，但决定案件判决的证据往往在副卷里，而这些是当事人和律师看不到的。

加入ＷＴＯ还要求司法部门严格遵循司法程序来办案。但严格地审视我们的司法过程，程序意识还不是那么充分，甚至经常发生违反法律程序的事件。在我看来，宁可放过一个罪犯，也要维护程序的尊严。

此外，中国是缺少律师职业传统的国家，直到今天，律师在保障公民权利、制约政府权力以及参与政治上都是非常缺乏的。我觉得具有独立地位律师的存在，是维持社会稳定的一股不可或缺的力量，他们的存在可以让公民看到一种希望，发生问题时去求助于律师，而不是上访或是“上梁山”。

http://www.nanfangdaily.com.cn/zm/20011129/tt/200111290367.asp

上传时间： 2001/12/4 文章来源：南方周末 2001-11-29

法袍、法槌之外

最近几年来，我们的司法改革除了在体制方面的一些措施外，一些符号化的变化也特别引人注目：法官的服饰军警式制服改成了法袍；法官的席位上多了一个道具——法槌。与此同时，许多法院盖起了壮观的大楼，审判以及办公环境正在不断改善，所有这些都是很令人欢欣的。

有些人似乎对这类变化显得不以为然，最常见的质疑是：内在的东西不改变，单靠服饰道具的花样翻新，司法公正仍然只是一句空话。还有人对法院建筑的改善颇有微词。沈阳中级法院的事件曝光后，我就在某家报纸上读到了这样的指责：法院出了那么大的事情，楼却盖得如此豪华，简直是岂有此理！

这样的质疑和指责是大可商榷的。这不但完全无视了司法机构在这些年来为提升法官检察官素质、增进司法公正所作的种种努力，而且也没有看到形式与内容之间的互动关系。服饰道具的变化会产生双向的心理作用，它提醒当事人以及民众，也提醒法官自己法官职业以及司法程序的特殊性。穿上了法袍，敲响了法槌，法官获得的不仅仅是尊荣感，而且他们也实实在在对司法行为形成了有效的制约。即以法袍论，它意味着法官的独立性，而军警式制服却在强化着法官的等级服从意识；穿上袍子的人不大方便走街串巷，跋山涉水，因此司法权的消极性和中立性就能够得到更有力的保障；法袍以其古老的样式向世人显示，法官在决策时需要尊重传统，他们是维系社会秩序的稳健的保守主义者。

至于改善法院建筑的必要性更是毋庸置疑的。司法权藉以唤起人民敬重的当然首先是法官群体的高素质和他们的刚直不阿，但是，法院建筑以及法庭内景的肃穆庄严也是同样重要的。在一个法院穷巷陋室、弊车羸马的国家里，良好的法治能够建立是难以置信的。实际上，近年来全国范围内法院屋舍翻新、厅堂华丽的趋向正可以说是我们这个国家走向法治的一个表征。

服饰换了，法槌敲响了，新楼也盖起来了，但是还是有些形式方面的事情需要用心操办。前次我在讨论法官文化的时候（参见“法官文化的意义与课题”，２００２年5月３１日本

栏）曾对某些问题有所涉及，但囿于篇幅，语焉未详。下面就视野所及的几方面谈些看法。

法院建筑的内外装饰风格也许是首先需要考虑的问题。法院建筑基本的格调当然应该是庄严，所以那种白瓷砖贴面的外墙自然是最要不得的。有些法院为了显示威严，在法院大门两侧放了石狮子，我以为不妥。在一个民主国家里，法院要注意避免旧衙气息，要让百姓感到既具威严感，又有亲和力，让人们觉得通向法院之路并非危途，去趟法院不过是他们生活中的一件平常事。因此，不仅石狮子不必要，而且法院门口威猛有余的站岗警察也应当由安全检测门取而代之。无论如何，在庄严与亲和之间如何取得适度的平衡是法院设计与装饰所面临的一个挑战。

法院建筑的内部安排如何体现法官的独立性是又一件要紧的事情。跟行政机关的首长负责制不同，法院中的实际决策者就是每一个独立的法官，法庭建筑需要表达这样的理念。不过，我们的一些法院建筑设计却并非如此。常见的情况是，院长、副院长办公室宽阔而舒适，而普通法官却只能几个人用一间相对狭小逼窄的办公室，这里体现的仍然是一种行政机关的风格。问题当然不是院领导不可以用大办公室，而是每一个普通法官也应当拥有自己的一个独立的与院长们差距不大的办公空间。这方面，我推荐乔钢良先生的好书《现在开庭》，其中描述了他给一位美国联邦地区法院法官当助理的经历，也通过图片向我们展示了美国法院如何在建筑设计上凸现每一个法官的独立性。

为了减少当事人或律师在法庭之外接触法官，也为了为法官创造良好的工作环境，不少法院已经将审判区与办公区分离开来。用心虽好，但不免只注重分离而忽视法官办公与审判之间的密切关联，甚至让法官穿着法袍在两栋楼之间奔波。其实，只要将法官和法院之外人员进出法庭的通道相分离就完全可以实现不接触的初衷。最好的设计是法官办公室就有一道门通到法庭，出了办公室就进入法庭，这样不仅减少了法官的辛苦，而且当法官在庭审过程中遇到某些疑难问题时，能够便利地查找和参考相关资料。

最后，有一个看起来不大但却涉及原则的现象或许值得再一次强调，那就是法庭上的英文问题。一些法院或许是为了表现对外开放的姿态，在法庭上相关人员的座位牌上标注了中英文对照的字样。这种做法虽然对英语国家的当事人或旁听者不无便利，但是却忽视了一国法院乃是体现国家主权与尊严的重要机关，轻易地使用外语不免有殖民地之嫌。另外，一些法庭的英语还不无瑕疵，例如将审判长注为“Ｃｈｉｅｆ

Ｊｕｄｇｅ”，这个说法在美国是指相当于我们法院院长的首席法官。将检察官写成“Ｐｒｏｓｅｃｕｔｏｒ”也不精确，准确而权威的译法是“Ｐｒｏｃｕｒａｔｏｒ”。个别法庭甚至英文拼写都出错，反而损害了司法的尊严。

（作者系北京大学法学院教授、博士生导师）

http://www.rmfyb.com.cn/public/detail.php?id=38340

上传时间： 2002/6/25 文章来源：人民法院报

法庭辩论的价值

by 贺卫方

前次我谈演说、辩论与法庭审判，掉了不少书袋，到了该分析为什么在法庭审判中辩论非常重要的时候，篇幅已经过了两千字，于是只好赶快打住。在这篇小文里，我们可以接着这个话题，从法庭程序的内在性质上讨论法庭辩论的价值。

通常起诉到法院的案件可以分作两大类别，一种是对于事实问题的争议，一种是对于法律问题的争议。例如，前文所引的高尔吉亚为帕拉墨得的辩护，涉及到的是叛国罪，这里就需要有证据证明他有里通外国的行为，那么证人就必须到法庭上来，三头六面地相互对质，从而使相关事实能够得到印证。相关事实得到证实之后，被告人的行为究竟是否构成叛国罪，必然涉及到对叛国罪含义的解释，便是典型的法律问题。值得注意的是，尽管人们设计了各式各样的方法让证人讲出真相，例如宣誓以及对伪证者加以处罚等等，然而，法庭上的虚假证词仍然是层出不穷。究其原因，出于私心而故意作伪当然占相当的比例，不过，也有不少证词失实是源于时间推移等原因所造成的证人记忆错误。无论怎样的原因，总需要通过法庭的辩论和质证去伪存真，使真相水落石出。

精心地设计询问技巧，机敏地揭露证人言词的自相矛盾之处，或者通过归谬法让作伪的人陷于难以自圆其说的窘境之中，所有这些，都是一个法庭律师的基本功。19 世纪美国著名律师威尔曼（Francis

L.

Wellman）在他的《交叉询问的艺术》一书里指出："笨拙的证人在作伪证时常会以不同的方式露出马脚：声音，茫然的眼神，在证人席上紧张扭动的身躯，尽可能复述事先编造故事的精确措辞的明显努力，尤其是与其身份不符的语言的使用。"威尔曼也引用了林肯担任律师的经典辨例，形象地说明询问证人技巧的重要。格雷森被控于 8 月 9 日开枪杀死洛克伍德，现场有苏维恩作为目击证人。案件看来证据确凿，难以推翻。在法庭上，林肯开始了对于惟一证人苏维恩的询问：

林肯：在目睹枪击之前你一直和洛克伍德在一起吗？

证人：是的。

林肯：你站得非常靠近他们？

证人：不，有大约 20 尺远吧。

林肯：不是 10 尺么？

证人：不，20 尺，也许更远些。

林肯：你们是在空旷的草地上？

证人：不，在林子里。

林肯：什么林子？

证人：桦木林。

林肯：八月里树上的叶子还是相当密实的吧？

证人：相当密实。

林肯：你认为这把手枪是当时所用的那把吗？

证人：看上去很像。

林肯：你能够看到被告开枪射击，能够看到枪管伸起这样的情况？

证人：是的。

林肯：开枪的地方离布道会场地多远？

证人：有一公里多远。

林肯：当时的灯光在哪里？

证人：在牧师的讲台上。

林肯：有一公里多远？

证人：是的，我已经第二次回答了。

林肯：你是否看到洛克伍德或格雷森点着蜡烛？

证人：不！我们要蜡烛干嘛？

林肯：那么，你如何看到枪击？

证人：借着月光！（傲慢地）

林肯：你在晚上 10 点看到枪击；在距离灯光一公里远的桦木林里；看到了枪管；看到

了开枪；你距离他有 20 尺远；你看到这一切都借着月光？离会场灯光一公里远的地方看到这些事情？

证人：是的，我刚才已经告诉过你。

法庭上的听众热情高涨，仔细的听取询问的每一个字。只见林肯从口袋里掏出一本蓝色封面的天问历，不紧不慢地翻到其中一页，告诉法官和陪审团，那一天前半夜是不可能有月光的；月亮要到后半夜一点才会爬出来。更富戏剧性的是，在伪证被揭穿之后，林肯一个回马枪杀过来，转而指控这位证人才是真凶。最终真相大白，杀人者果然便是苏维恩本人。

我们不厌其烦地引用这段法庭辩论，是因为不如此则无法显示在某些疑难案件的审理中律师辩论对于揭露事实真相的巨大意义。实际上，司法体系能够使纠纷和案件得以公正地解决并进而妥帖地保护人权，在很大程度上正是依赖法庭程序的设计，尤其是两造之间唇枪舌剑的辩论，有助于证词谬误的揭露，有助于冤狱的避免。不仅仅事实方面的争议，法律条文含义的解释方面的争议也经常需要通过辩论而获得解决。

虽然法庭辩论是如此重要，但是要让辩论顺利开展，还需要有配套的制度环境。首先是要有大量优秀律师和检察官的积极参与。律师和检察官在行业实践中积累了丰富的辩论和询问技巧，好比优秀的医生能够轻易地发现患者的病情，富于经验的律师可以更迅捷地揭露被刻意或无意掩盖的真相。威尔曼告诉我们，从事法庭辩论和询问的律师“需要有出众的天赋、逻辑思考的习惯、对广泛常识的清晰把握、无穷的耐心和自制力、通过直觉而透视人心的能力、从表情判断个性进而觉察动机的能力、精确有力的行为特点、对于与案件相关知识的精湛理解、极度的谨慎以及——这是最重要的——质证过程中敏锐地揭露证词弱点的能力。”这样的律师对于揭示真相的重要性是不言而喻的。

律师以及检察官之外，证据规则尤其是确保证人出庭接受质证的规则是另一个要件。案件事实方面的争议需要通过证人证言来廓清，如果该出庭作证的证人不出庭，律师以及检察官再优秀、再努力，也难免唐吉诃德战风车的尴尬。在刑事案件中，证人是否出庭更是涉及到对被告人的人权保护的大问题。当我们听说目前我国刑事审判中证人的出庭率不足 10％时，感到极度忧虑，原因正在于此。

法庭辩论能够顺利开展的第三个要件是主审法官对案件的判断握有完整的权力。很明显，律师以及检察官在法庭之上的慷慨陈辞、口若悬河，目的都在于说服他们眼前的裁判者。如果端坐在审判席上的法官并不是真正的裁判者，而是法庭之外的其他人或机构的傀儡或牵线木偶，那么法庭审判就沦为纯粹的表演，口若悬河变成了费话连篇，律师或检察官不免会想：法官面前的废话一吨何如院长那里的微言一克管用？于是，庭审的走过场、私下的“勾兑”以及法官尊严的日益丧失就成为必然的了。

原载《人民法院报》2002 年 12 月 6 日，提交“法律思想网”时作者作了一些修改

感谢贺先生惠赐文章。

上传时间： 2002/12/12 文章来源：作者授权

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

法庭上的“三国演义”

by 贺卫方

开栏的话

在法学阶梯版上开办一个有特色的随笔类专栏，是编者酝酿已久的一个梦想。之所以取名为“司法琐话”，是因为从我国法制建设的发展趋势看，在未来相当长的时间里，司法制度改革将成为核心事项。现在，人们越来越意识到，司法制度的改革既迫切，又艰巨。但实践中对于涉及司法制度的许多基本观念比较模糊，也比较混乱。因此，想通过这样一个栏目，在廓清这类观念方面有所作为。我们特邀贺卫方、张卫平、张志铭三位专家为本栏目轮流撰稿。三位专家将从各自的研究领域出发，对我国司法制度改革的方方面面提出自己有见地的评说。期待着“司法琐话”成为法学阶梯版最具个性的窗口。

不久前，陕西省法官协会在西安举办了一次模拟法庭演示，邀请来自德国、美国的法官，和中国的法官一起，分别对同一桩虚拟的伤害案进行审理和判决。这种别开生面的模拟审判很好地展现了不同国家司法制度的差异，旁听席上的人们领略到的是社会主义法系、大陆法系以及英美法系三种不同的司法模式。人们甚至发现，同样的行为，在不同的国家结果却十分不同：在中国判三（年）缓三（年）的罪行，到了德国，监禁期减少了一半，到了美国却由于陪审团成员达不成一致而终止审判，如果检察官不再行起诉的话，那么这桩伤害案件便只能不了了之。

发生在法庭上的这一出“三国演义”启发我们思考许多问题。从物理的意义上说，我们生活在同一个地球上，但是，不同国家人们生活于其中的法律环境却差别甚大，甚至同一个国家之内法律制度也未必一致。例如，在美国、加拿大这样的英美法系国家之中有宗奉法国传统的路易斯安那州和魁北克省，在我国有沿用英美法系的香港特别行政区，它们仿佛语言学家们所谓的“方言岛”。在某些情况下，司法制度上的差异会引发国际或地区间的冲突。不久前，大陆与香港之间关于基本法条文的解释权归属问题的争议便是司法传统差异的一个体现。我们也许还记得，在１９世纪中期，西方列强与大清帝国之间冲突的直接起因之一也是司法制度上的差异和彼此难以理解。

各国司法制度以及法律制度上的差异显示出法律与特定民族或国家的文化传统、社会结构等方面的关联。司法机构的设置是为了解决纠纷、处理案件，但它们以怎样的方式从事这种工作，却与人们对法律的态度、对国家以及司法机构的期望、民族的司法传统以及司法体系本身的公正程度与效率息息相关。例如，由于我国传统社会司法的不独立和不公正，因此，人们一方面对司法不信任，尽可能远离官府，厌讼之风盛行；另一方面，又十分迫切地企盼官府里的大人们个个都是包拯式的“青天大老爷”，他们铁面无私，他们为民做主。但是，由于主流意识形态对具体制度的建设殊少关注，“德治”传统以及科举取仕制度导致官员们

不能运用法律的专业知识对案件进行平衡的和统一的判决，司法经常屈从于外部权力的干预，因此，终究是包青天少而“葫芦僧”多。

我们今天所采用的这种司法制度和庭审模式，是近百年来从西方引进的。外来的东西到了中国照例会发生些变化，况且百年来影响我国司法制度的外来因素成分多样，既有来自欧洲大陆法系的，更有来自苏联社会主义的，改革开放以来，英美法系的一些观念和制度也翩然东来，再加上制度实际运作中固有传统的若隐若现，诚可谓“欧风美雨苏联雪，汉家本色傲霜枝”。于是，我们的司法制度便呈现出极其复杂的样式和特质。

在上面提到的案子中，美国司法中陪审团的使用显示了英美法系司法制度的另一个特色。我们看到，正是因为陪审团无法达成一致，使得那位伤害妻子的丈夫很可能逍遥法外。不少人对英美法系国家和地区的陪审团制度感到难以理解：由１２个未受过法律训练的外行人对当事人是否构成犯罪或者民事侵权作出独立的判断，这样做的合理性在哪里？要讲清楚这个问题超过了这篇短文可以容许的限度。简短地说，陪审团制度得以存在的前提是人们相信对案件事实问题的判断并不依赖法律训练，重要的是公平的机制和人们的基本理性及生活经验。公平机制有赖于随机的选择以及当事人双方——刑事案件是控方与辩方——都参与到对陪审团成员的公正性的检验过程中。如此组成的陪审团可以说是当事人自己选出的法官群体，它所作出的裁决对于当事人无疑具有更强的说服力。由于陪审员从当事人所在社区选出，他们与当事人属于“同样的人”（英文所谓“ｈｉｓｐｅｅｒｓ”），更能够代表特定社区的流行价值，因而对于案件是非曲直的判断较容易为一般人所接受。平民百姓可以参与司法决策，乃是司法民主的体现，因为司法权不再由国家命官所垄断。在美国，每年都有数以百万计的各行各业人士参与法庭陪审，亲身体验司法程序，这自然是一般人学习法律知识、领悟法治精神的途径。正因为这种种价值，有论者称赞陪审团为“自由的堡垒，民主的学校”。可以说，陪审团制度是英美国家民主法治制度的基石要素之一。

除了让我们知道了不同国家司法模式的差异外，西安模拟法庭上的“三国演义”还让我们知道，通过法律解决纠纷的路径不止一条，甚至一种行为是否属于“犯罪”，也未必那么确定。当然，司法程序的公正性毕竟是共同的追求。如果我们的法官在处理真实案件时也能大致上做到模拟法庭上那样公正而严谨，我们的黎民百姓就真是有福了。

（作者系北京大学法学院教授、博士生导师）

http://www.rmfyb.com.cn/public/detail.asp?id=26666

上传时间： 2001/9/19 文章来源：人民法院报

法学家的缺席

今年是“五四运动”八十周年的整数纪念年，纪念日已经过去好几个月了，现在再来谈这个话题，明摆着是“马后炮”。不过，当我们回顾纪念日前后各种媒体上的纪念文字，还是可以发现当时有许多重要的问题没有涉及，或者虽然涉及，但没有展开深入的分析。这当然也算不上是什么不正常的现象，像“五四运动”这样的伟大历史事件往往是极富“包孕性”的，它历久常新，意蕴丰富，对于不同的人，不同的时代，它完全可以意味着不同的含义，不同的价值。这也应了克罗齐的那个见解，一切历史都是当代史，每一种历史的叙述都不过是叙述者个人根据当下兴趣而对历史所作的重新阐述和解释。所以，在应景的纪念过后，对于那些重要的问题不妨接着讨论，更不消说那些一直被人们忽略了的问题。例如，作为法律职业者应该提出别人未提出的问题：这场运动在近代法律史上有怎样的意义。

从法律的视角回顾，我们发现，这场运动中居然看不出多少法学家的影响。五四时代的英雄是哲学家、文学家、历史学家和革命家，而不是法学家。近世中国的法学家中，沈家本已于六年前去世。伍廷芳虽然在政坛上仍属重镇，对学生运动也公开表示过同情（“学生之行动，绝非为私利，与吾国官僚之专于自身设想者大不相同……总之，学生运动，乃中国之一有希望征状也。”“抵沪后的谈话”，《正报》1920 年 4 月 18 日），然而，在思想上，这位法学家从来也没有获得过全国性的荣誉。1921 年伍廷芳去世，新文化运动的领袖胡适发表感言，毫不隐讳地批评这位法学家的思想浅薄。其他如王宠惠，虽法学根底扎实，然而却全身心于政治和外交，对社会思潮之引导，贡献无多。

为什么在以“五四”为标志的新文化运动中法学家会缺席，这是很值得我们深思长考的大问题。不妨简略地列举可能的原因。在“五四”之时，中国近代型的法律制度尚处在模仿阶段，我们还没有真正的法学知识传统。在我们的古典知识格局中，法学（“律学”或“刑名之学”）是一个没有多大吸引力的领域，士大夫阶层所钟情的是儒家经典，诗书文章，所谓“半部论语治天下”，法律算不上专门知识，更非精深高雅之学问。虽然“五四”时代的旗帜性人物在理性上都意识到了法律及法学的重要性，学生运动的领导者们也很快地从单纯的爱国主义走出来，将重心放在民主、人权以及更广泛的社会变革之上，然而，完整而扎实的旧学根底反而限制了人们在法学方面知识的深化，限制了法学知识对社会的影响力。

第二，如果我们检讨当时的社会状况，可以看到，“五四”时代的社会需求充满了矛盾。对外，我们要尽快废除税收和司法方面的外国控制，要追求民族的独立。与此同时，我们又相信，中国固有秩序以及支撑这种秩序的理想都无法适应新时代的要求，我们必须开放，向西方学习。我们知道了民主是走向富强的必由之路，然而没有高度的中央权力的统帅，富强似乎又无从谈起；当民主成为富强的手段，我们将无法以民主的方式建立民主。我们时而感觉到西方法律制度在文化上的优越性，时而又因为变革法律中的西方压力而对变革本身产生仇视。我们失去了从容的心态，变得急躁、无奈、麻木和自暴自弃。民主的希望常因为社会的混乱而破灭，而强人身上的光环却总是让我们在眩晕中堕入苦难的深渊，于是，我们有军阀混战，有不间断的“运动”。西谚有曰：“枪炮作响法无声”（interarmasilentleges），说的不仅仅是军阀与法学家之间的冰炭不容，更是长时间的社会和平与稳定对于法律秩序形成的重要意义。

五四时代思想界的状况是法学家缺席的第三个原因。当时的三大思想主流是民族主义、自由主义和共产主义。上面我们已经揭示出民族主义所面临的矛盾，共产主义由于目标在于废除私有财产和雇佣劳动，法治的价值在那里难以存在和显现，只有自由主义对法律制度表

达了好感。然而在二十年代，严复所倡导的稳健和渐进的自由主义没有了市场，而更加激进的自由主义思想家所热衷的是民主、自由、平等的口号，对如何通过具体的制度建立良好的法律秩序却用心极少。

今天，我们回首前尘，不免为“五四”以来八十年间中华民族所经历的一切而感慨不已。不过，用长时段的历史眼光看，以前的种种苦难和挫折只是中国法律制度得以形成的必要准备。法学家在“五四”时代和此后相当长的历史舞台上或者缺席，或者只能跑龙套。今后，法学家能够走向前台么？我们从事法律教育和法律学习的人们要为此作怎样的准备呢？这个问题不仅仅是思考之后就能得到答案。

上传时间： 2001/9/14 文章来源：法制日报 1999 年 9 月 2 日第七版

法学漫谈

今天能受到团委和法学社的邀请，来做这次迎新讲座，我觉得非常荣幸。每年能够迎接一批来自全国各地的优秀青年，与他们在一起共同生活四年，可以说是大学教师生活最有乐趣的方面之一。

我曾经在一本书里说自己很幸运，生在中国的一个有大学的年代。大学是一百多年前从西方借鉴过来的一种制度，中国古代是没有大学的，只有私塾和书院。书院并不是一种大学，它不分科系；而大学是分科系的，这是西方文明的一个创造。有大学的时代使得有一些既不能够当官又不会种地的人可以一辈子以一种闲散的风格做点自己想做的事。我小时侯有一个梦想就是从事这样一种职业，这种职业是一辈子读书，又有人发工资。我最后在大学里找到了，既能读书又又有人发工资，而且发得还不低。按照江青的说法，四体不勤、五谷不分的家伙居然可以享受如此待遇。但在中国古代，像我这样既不适合做官，又做不了生意，还不喜欢种地的人，真的没有地方可去。所以千军万马过独木桥，大家都参加科举考试，成功了去做官，无论适合不适合。其实有许多人根本不适合做官。例如蒲松龄老先生，他天生就应当到中文系学习，或者到新闻系，毕业之后在中文系教文学理论或文学批评，业余时间写点小说。可是没有大学，他只好不断参加科举考试，想去做官。这个老贡生是个范进似的人物，一次一次都失败了，最后，算了，老子不干了，写小说去。所以，中国古代没有真正职业的小说家，都是科举考试不成功，没办法了，做一点小说家流。这样一个社会真是不好。而我们现在生活的这个时代就不同了，有大学是我们时代最让人欢喜的一个特点。

现在男女生比例似乎有些失调。我听说 00 级本科生里的女生占了将近三分之二，特别吃惊。我 22 年前上大学——西南政法学院——时，系里的女生只占七分之一，所以女生格外受青睐，地位特别高，本来嘛，资源稀缺，物以稀为贵。经济学上的规律叫供求关系，供应量太少，追求的人一定会很多。现在女生多了，对女生未必是一件好事，但对未来法律的发展可能是件好事。因为两千多年来，法律一直反映了男人的声音，男人的声音是法律发展

——制定法律、解释法律、适用法律——的主旋律，就象科举考试一样，女人是不允许参加的，只有男人才能去做官，能够在大堂上一拍板子，高喊“大胆”的没有一次是女声。西方法律发展史也是如此。美国联邦最高法院，你们知道，过去一直由九个老男人执掌着；现在增加了两个老女人，七个老男人加两个老女人主宰了这个国家的法制。但是男人仍然占多数。美国的法学院里女生通常占 1/3 左右。我们这儿可不得了。近代以来，我们在妇女解放方面向来不落人后。当然，几千年来妇女一直受到欺压。有这样一个故事，古代的一对夫妻吵架，男人气冲冲地说：“按照周礼，你这样的人我早就休了。”太太说：“请问我的老公，周礼是何人制定？”丈夫不无自豪地说：“当然是周公所制。”太太说：“要是周婆制定的话，是我休了你！”也许法律的发展，女性能够有更多机会在法律里表达自己的声音，我觉得，从事法律职业的女同学越来越多是一个重要因素。当然现在的比例已足够了，再多的话，以后的法律发展史就是一部男人受欺压的历史了（笑）。

以上是一些题外话。今天的时间比较从容，我想和大家做点交流，谈一谈作为一个新入学的学生，作为一个北大法学院的学生，应当怎样去学习法律，怎样能够在毕业之后不觉得自己这四年没有白过。实际上，对于这个问题，我自己也没什么经验，我刚才已经说过了，我是一个很小的学校的毕业生，不像你们。你们太幸运了，高中毕业后考入这样一个伟大的学校，我当年就没这么幸运了。当时只有几个学校招法律系的学生：北京大学、吉林大学、中国人民大学和西南政法学院。我不知道你们为什么要报考法律，我当时并没有报法律，报的是山东师范学院的中文系，我梦寐以求的就是当个作家。我的母校西南政法学院当年第一届招生，宣传力度不够，结果在我们那里报考者上线的人数还没有招的人多，很幸运的我的考分超过了重点线，就被从一般院校里抓过去了。人生的命运真是很难捉摸。如果当时真到了山东师范学院中文系，毕业以后很可能到一个中学里当老师，我相信我会是一个比较受欢迎的语文老师，经常在本地的报屁股上发表一些小资情调的散文。可是不可能有今天。当然你们也许能驾驭自己的命运，因为你们的学习成绩非常优秀，所以毫不犹豫就报考了北大而且是法学院，这是你们最大的幸福。我们当时上法理课，老师推荐一本教材，是工农兵大学生编的，教材里经常提到华主席为首的党中央一举粉碎了四人帮、无产阶级专政、无产阶级专政下继续革命理论，不断灌输的是这些东西，真正的知识学不到。我从大三开始才省悟到不能陷在教科书里，应该多读些有价值的书。于是，在一个好心的图书管理员的关照下，大三时读了许多好书，也引发了对西方法律、西方历史的兴趣。后来考的是外国法制史专业的研究生。大家知道，佳能公司的商标是 canon，这实际上是西方历史上的一种法律，叫 canon

law，是天主教会制定出的法律，我的硕士毕业论文写的就是那个。最近几年才转为对中国现实制度的研究。

大学的第一年需要不断观察、不断了解，不必过分地去记忆，什么东西都要搞清楚。几年前，我面对着与你们一样刚从高中毕业、有人戏称为高四的 97 级同学时，觉得给他们讲法理是一个非常大的挑战。法律这门学科涉及到许多问题，是一种非常深刻的社会科学。中学教育已给大家灌输了许多真理性的东西，都是无庸置疑的；但是对一个大学生来说，一切都要去重新理解，而不是去背诵。当然，法律专业所学的许多东西对于刚刚从高中毕业的人们来说是不容易理解的。比如说，婚姻法里规定离婚的条件时说“夫妻感情确已破裂”。请问同学们，什么叫“夫妻感情确已破裂”？我跟你们一样，读大学时不理解婚姻法，实习时偏偏派我去处理婚姻纠纷。可以想象，那真是一场灾难，对我是一场灾难，对当事人更是一场灾难。我耐心地听夫妻俩讲他们的生活，讲哪些方面出了问题。我不懂，只朦朦胧胧意识到一点，但是不深刻。只有人在相当成熟、有了婚姻经验并且对婚姻有相当的观察之后，才

能理解什么是“夫妻感情确已破裂”。所以，你们会发现，在美国，就没有我们现在这样的法律系学生，因为高中毕业后不能直接读法律，必须有一张大学文凭才能上法学院。可以想象，有许多人大学毕业后就结了婚，再读法律时，对人生的幸福、社会制度的设计等的理解力就会强得多。对我们这样的大一学生来说，有许多问题的确比较难以理解。有同学曾经对我说，老师你推荐给我们读的书每个字我都认识，每句话我也读得下来，但整句话什么意思我不知道。这种情况显示了什么呢？这是一个知识背景的问题。要读懂一本书，必须理解书背后的一种知识的积累。这种知识的积累甚至经历了上千年的历史。有许多著作，回答的都是两千年前古希腊的那个老哲学家柏拉图先生提出来的问题。两千年人们的论证，两千年的学术积累，最后结出一朵朵小小的花儿开在你们的法理学教科书里，要你们一下子去理解，是很不容易的。当然不理解也不要着急，慢慢的，随着逐渐的累积，你会理解这些东西。

我觉得人在大学里的心态最重要的就是从容，尤其是一二年级的时候。也不要太在意成绩。我的同学中在学术界干得最好的几个，都是在大学里成绩刚刚及格的人。我还有个同学，四年下来成绩全优。但是，走到学术这条路上，你会发现，有创见的人很少有那种过分循规蹈矩、过分重视成绩的。当然有些时候成绩与某些利益相关，比如申请奖学金，这是让人很无奈的。但是大体来讲，现在的教育制度在调整，老师在改变，不会只根据你背诵的功夫，还要根据你是否有自己的理解，有独到的见解来判分。

我也许应该强调一下，作为北大的学生，进入这个学校后，你首先应该去阅读这个学校的历史。这个学校出现过哪些伟大学者，它如何变为今天这样一所了不起的学校，它的教育哲学是什么，等等。胡适先生在校园里没有塑像，因为他当了国民党的驻美大使，后来死在台湾；但是他一生念念不忘的是他的母校（他虽是美国一所大学的毕业生，但在北大任教，把北大作为他的母校），无论走到哪儿，一说起北大，他一定要说“我们北大”。本校的一位老教授接受中央电视台“东方之子”的采访时说：“我这一辈子很满足。全中国最好的地方是北京，北京最好的地方是海淀，海淀最好的地方是未名湖畔，我能在未名湖畔待一辈子，这是多么幸福的一件事。”未名湖畔的美，并不完全在于它的景观，还在于那些伟大的学问家、思想家，是他们铸造了这所学校的伟大风范和伟大品格。前年北大百年校庆时，大家都在争夺对北大精神的解释权。北大的精神是什么？有人解释说，是爱国主义，这是第一位的，然后是民主、进步；也有不同的见解，我就不同意从这个角度来阐释。我认为北大最主要的精神在于对学术自由和人的思想自由的倡导，这是这个学校最伟大的传统。我们法学楼门前立着一座雕像：马寅初先生，他就是这种精神的示范者之一。五十年代初，在毛主席倡导的“人多力量大”的观念占主导地位的情况下，马老校长公然明确地提出与官方不一致主张，提出所谓的“马氏人口说”，认为“人多力量大”是错误的，人多消费多才是正确的。在被打倒之前的最后一篇文章中，他开头就说，真理是需要辩论的，是需要对方说话的；但是现在我已经明确地知道，你们要封住我的口，不许我说话。但是，我该说的话，只要一有机会，我还是要表达出来。——就是这样一种人格魅力，一种追求自由的精神，一种不同流合污的精神，是我们的学校得以立世的最重要的资本。大学独立、大学自治是一种西方的传统，传到中国后，它的发育并不容易。中国有悠久的读书做官的传统，而且是政教合一的，这与西方有很大的不同。在西方，即使在黑暗的中世纪，一个追求自由的人也可以两边躲藏——得罪了世俗政府，可以躲到教会里；得罪了教会，可以请求国王的庇护。所以他可以有一个自由的空间。天主教会、罗马教廷一直是一个强有力的抗衡世俗权力的一个精神组织，这种精神组织对于西方的自由发展是非常重要的，是非常强有力的一个制度因素。不像我们这儿，自古以来，“一经圣人口，议论安敢道？”刚才我说的李贽，李贽有一个罪名叫“非圣”，对我的老乡孔子的有关学说提出置疑，不赞成孔子的学说，这就是非圣。但是，赞成或不赞成

孔子的学说由谁来判断？这是个问题。在传统社会，照例是由世俗权力最高的人来解释的。今天，在我们国家，这个问题仍然重要。我们宪法规定了坚持四项基本原则，其中之一就是坚持马克思列宁主义，可是，一种观点是否符合马克思主义，谁说了算？在中国历史上一直是谁有权谁说了算，两千年来一直是皇帝说了算，皇帝说你非圣你就非圣，没有辩护的余地，在这样一种传统下，说实话，大学要获得一种生存的真正空间并不是一件容易的事情。西方最古老的大学都是教会办的学校，当政教分离时，教会管一个人的精神，世俗的政府只管一个人的行为，也就意味着在一个人的精神领域中，国王的权力不能进入。有一种说法是：风能进、雨能进、国王不能进。大学就是这样。大学的神圣的殿堂，绝对不容许任何世俗势力指手划脚，不允许它干涉一个学者的思想自由。一个学者的思想自由是他得于立世的最根本点，如果没有这个自由，学者便成为行尸走肉。说老实话，学者不怕吃不好，不怕住小房子，不怕坐大汽车，怕没有自由。可能你们听说过哈佛大学的校长不买美国总统帐的故事，那个故事典型地体系的大学的尊荣和面对世俗政府的高贵。

我虽然不是北大毕业生，但很早就对胡适校长、对蔡元培校长感兴趣，不断阅读了许多北大学者的著作，知道不少老辈学者的事迹，我觉得这样的精神最让我感动，所以，当后来有一个机会调过来的时候，自己真是觉得找到了灵魂的归宿——不仅仅是有了一个饭碗，而是一个灵魂的归宿。自己感觉到，一辈子能在北大生活，我心已足！有一本书叫《最好的辩护》，是哈佛法学院的一个教授叫德肖维茨写的，他在书里写道，在美国，最好的职位是什么？是哈佛法学院教授。我们的法制没有美国那么发达，收入没有美国法学院教授那么高，但是我可以说，北大法学院教授这个位置，是一个中国人能够得到的最好的位置，不用再加上“之一”。我想，我们每一个进入北大的人，对我们来说首先要上的一课是这样一课，使我们成为这个精神家园中的一个成员。从入学开始，你们就注定有了一个标签，这个标签就是北大毕业生，北大的校友，按照美国的惯例，你们的名字后面会加上“04”，表示你们是 04 年毕业的这届学生。这是一个标志，可以说一入这个门，就有了不解之缘，你们今后的路还很长，不是我们每个人都会一辈子待在这个校园里，但是我们每个人都要体现出这个校园中生生不息，延续百年的一种精神，这是我们第一课里应当学到的。

下面谈谈过去学习法律的一些体会，我现在仍处于学习过程中，活到老学到老，自己也常感到一种危机感，感到做教师的压力。我原来以为一辈子读书、拿工资就行了，搞了半天还要发表文章，每年还要发表几篇学术论文，论文还要有一定规范性，下边有一些外文注释才算好文章，压力也很大。现在有些方面的压力已经没有了，比如评职称，因为已经到顶了，我打电话给我妈妈说：“我评上教授了。”我妈说：“还能往上吗？”我说：“不行了，已经到顶了。”老太太说：“人还不到四十就到顶了，就没得可追求了。”这是她不能理解的一件事情。这样一种职业，还有一种压力，要求你不断创新，要有一种追求，比如给你们作过报告的朱苏力教授，他真正是一个学术上有追求的人，有一种创新精神，写文章也特别漂亮，我有时感觉：“怎么跟这样的一个同事在一起！”

那天开幕式上我强调了两点：一是要意识到法律学术是一个伟大的学术传统，你要了解两年来的法律学术是怎么回事，要用有限的四年时间，真正地把握其内在精神，要成为一个法律人。我们法学院教育的目的是，让在座的第个人都学会 thinking

like a

lawyer，如何像法律家那样去思考问题？法律家是怎样思考的？我这段时间给研究生讲

课，讲的就是法治、依法治国。依法治国究竟是依什么治国？就是依在座的各位，你们将来就是治国之才，你们将来就是这个国家的栋梁之才，这意味着你们在法学院里所学到的这套思考问题的方式，学习到的这套概念、理论，它对社会有一种调整作用，你们用的是这种东西去调整社会，而这种东西的历史绝不是几十年或几百年。古罗马人创造了伟大灿烂的法律文明；中世纪人类最早的大学只有三个系：哲学系、医学系和法学系；人类历史上最早的大学意大利的波洛尼亚大学，就是一所法律学校。许多人学了几何、逻辑、修辞等学问以后到波洛尼亚大学来学习法律。法律是调解社会生活的，法律是用一套经过数千年构筑起来的人为的知识来改造社会、调整社会。但是，请注意，法律首先是一个饭碗，我们学法律，也许并不完全是为了满腔热情地报国报民，首先不是这个，而是律师收入比较高。做一个律师，打官司、诉讼、在法庭上慷慨陈辞，下来后腰包滚圆，凭什么人家给你这么多钱？凭什么一场诉讼人们就给你二十万、三十万，有人打一场官司就能买一幢房子？凭的我们所学的这套知识无法普及到整个社会，无法让每个人都成为自己的律师，只有我们才能，我们掌握的是什么？是特殊的知识，是一个很难普及的学科。请看我们所使用的语言，将来你们会学到一大堆一大堆怪头怪脑的词汇，人家叫“老公老婆”，你偏要叫“配偶”，还有配偶权；人家说 bar 是喝酒的地方，我们说 bar 就是律师界；我们平常有一些怪怪的词汇，比如说无罪推定，老百姓不理解，有人写文章，称“林彪、四人帮对人民实行法西斯专政，大搞无罪推定！”他理解错了。还有善意买受，一年级的同学问我什么叫善意买受人、恶意买受人。一个人在自行车市场上花 30 块钱买了一辆崭新的自行车，我们说这是恶意买受，为什么呢？因为依据常识，30 块钱是不可能买到一辆新车的，你居然买到了，这是你有意识地买赃物，这肯定是在帮助销赃嘛。你这种财产权也是不受保护的，这里的善意、恶意跟道德家讲的很不一样。还有不当得利、无因管理、禁治产人，老百姓都不知道，有人连“上诉”都不知道，东北某法院的审判长说：“如若不服本判决，可以上诉至本院的上级人民法院。”当事人说：“审判长，你让我上那棵树啊？”这些概念太多了，即使是在美国这样的法制发达国家，法律家所使用的概念体系跟日常语言之间也有很大差距。正是因为对这样一套语言、对这样一套知识及其背后的制度和理念的把握，使得我们成为一个法律人。法律人因此可以交流，而且交流的成本降低了，大家一见面，“我看你的要约有问题，你那里边有点诈欺的意思，所以可能很难得到法律上的救济”。我们说得很清楚，都没有什么误解，可要是有个外行人在旁边听了，就会丈二和尚摸不着头脑，这说的什么东西啊？我又不是灾民，要什么救济呀？他不知道法律救济是法律上采取的相关措施。这一套语言是我们的饭碗，也是我们的学问得以精确化的一个很重要的前提。无论是法官、律师、检察官，都要到法庭上去辩论或作出决策。如果法官、律师、检察官没有受过共同背景的训练，那法庭就乱了，就会相互之间“秀才遇到兵，有理说不清”了。要是法官听不懂什么是善意买受人，那就很可怕了。所以，这是我们法律人必须领悟把握的一套伟大的知识传统。

总的来说我们要理解法律知识的传统，这是经过四年的教育后首先或最基本的要求，以后分析问题时，要 thinking

like a

lawyer，你就是一个 lawyer。我最近写了篇文章分析一个事件，就是在追求 thinking

like a

lawyer 这个境界。这是一个比较热门的事件。重庆有个小青年，28 岁，叫唐卫江，他

到朋友家玩时看到朋友新买的佳能打印机，这台打印机附送了一个宣传品，上面是"百变赵薇"，就是那个小燕子，佳能公司选她做形象大使。他觉得这个挺好的，就借回去看。他回家后仔细一看，不对，有问题，上面写道：赵薇出访过的国家：中国、台湾、香港。问题严重了，唐卫江怒不可遏，这不是对中国人民感情的污辱吗？这不是公然分裂中国吗？搞一中一台，还有一港！唐维江先生拍拍屁股就到了重庆晚报社。编辑可能也觉得抓到了一个大题材，他们第二天就刊登了对这件事情的报道，并且配发了题为“国家尊严无小事”的社论，愤怒谴责佳能（香港）公司这种对中国领土完整的公然侵犯。报纸出版后，这起事件引起了巨大的反响。人们纷纷表达对唐卫江行为的赞赏。不久重庆律师界有几位律师站出来，声援唐卫江，要免费为他打这场官司，起诉佳能公司违反消费者权益保护法，同时声称这是一个重大的政治事件。唐卫江的诉讼请求有四项，第一，立即向全体中国人民赔礼道歉；第二，立即停止发张光盘；第三，立即销毁已有光盘；第四，赔偿 1 亿元人民币，作为对中国人民损害的补偿，同时他要把这一亿元人民币捐献出来建一百所希望小学。《北京青年报》等报纸都登了，我那天上网一查，简直可以说是遍地开花，各地媒体都加入了报道的行列。各地的人都觉得这件事太令人气愤了。然而，我仔细想了一下，think

like a

lawyer 地想了一下，就觉得这个事件有点问题，所以写了一篇文章，叫“一桩热门事件，三点理性建言”，发表在“北大法律信息网”上，后来又刊登在《检察日报》上。我说看了这个事件后，作为一个中国人都感到有种激动，我对唐卫江这种行为表示理解。但是，既然唐卫江先生说要用严格的法律程序跟佳能公司讨个说法，那么，我作为一个研究法律的人，从法律的角度去想一想，结果不想不知道，一想吓一跳，发现法律问题还不少，姑且写出来，以便有关人士及决策者更周全地更妥帖地处理此事。主要有三个方面：第一个方面是，唐卫江有权利起诉吗？他有没有当原告的资格，或者说，他是不是“适格”的原告？从小的层面上说，你是在朋友那儿拿的光盘，是你朋友买的打印机，所以，是你朋友与佳能公司有消费者与生产商之间的关系，你没有。你从人家那儿拿个盘过来就起诉啊？那我也去拿一拿好不好？大家都找一张这种盘，然后都去起诉，都索赔一亿元，那就乱套了。法律上讲究，一个人要起诉，必须是利益的直接相关者，也就是说，诉讼中你的利益一定在里边，你一定与被告人利害攸关，否则法院不受理你的起诉。因为在诉讼中你可以使一些权利如变更诉讼请求，与被告和解等。所以首先你没有这个资格。

从大的层面上说，你说你代表受伤害的中国人民，谁让你代表的？法律上的代表不是中央领导那样说“我代表中国人民”就能代表了。诉讼中的代表需要有一个推选程序，受伤害的中国人民一起来推选才行，而且在民诉法中说，一方当事人数不确定时，叫“多数人一方人数众多的诉讼”，这时法院要求把人数确定下来，其方法是在报纸上登公告，一定期限内利益相关人必须以书面形式向法院有关单位登记，登记之后才是诉讼当事人，否则不是。所以不能你说代表中国人民就代表。

第二个问题是，这个案件究竟是什么性质？唐卫江非常愤怒，律师们也跟着愤怒，律师们说：“这不仅仅是法律事件，而且是一个重大的政治事件。这是对中国人民尊严的侵犯，对中国人民情感的污辱。”我说你这倒是抬得挺高，容易引起人们的激愤，但是最大的坏处是，若是政治问题，则法官无法处理。政治问题与法律问题有很大差别，它是一种大是大非、你死我活、不可妥协、绝不让步、寸土必争的问题；但是法律上处理任何案件，都有一个可能的妥协让步，尤其是民事案件，有什么大是大非呀？你让让步，要 80 万太多了，40 万怎

么样？那边说，40 万少了，那我损失太多了，60 万吧，好，就 60 万，双方达成妥协。这就是民事诉讼方面经常所说的优势证据、调解原则等，有什么是非呀？说这件事是政治问题，势必将法官推到一个尴尬的境地，唐卫江先生说："这个案件，如果法官判决我胜诉，以后外国人来中国做生意时就会注意中国人民的感情；如果法院判决我败诉，外国人今后到中国来就会更加猖狂！就会更多在思想文化领域给我们制造混乱，使我们重新回到清朝受外国人欺侮的状态！"法官遇到这种案件该怎么判？两条路，一条上写着"爱国主义"，一条上写着"卖国主义"，这不是法官判案，是唐卫江先生已经把案给判了，法官只能就范，这是何方道理？所以把这当作一个政治问题反而搞乱套了，搞得法官没法判了。

第三个方面，这一亿元的诉讼请求是怎么出来的？"我也没经过什么精确计算，反正算它一台机器三千、五千块钱吧，有些还上万呢，要是彻底一点，应该所有财产都没收了，他们侮辱中国人民的感情，这就是代价。"说得咬牙切齿地。然后，我觉得诉讼请求还是该经过一个合理计算，狮子大开口也是个问题；另外，一亿元，看上来很大，法院可能从未判过这么大的数目，但是，他说这一亿元作为中国人民受到感情伤害的补偿，我一算，坏了，中国人加上港澳台，少说也有 14 亿人口，1 亿除以 14 亿，每个人才区区 7 分钱！这才真是对中国人民感情的侮辱，是在伤口又撒了一把盐。我本来就受到了伤害，你说：给你 7 分钱补偿一下。这不明摆着欺人太甚么？而且还说要用这一亿块钱建五百所希望小学，我说你没这个权利，你仅仅是诉讼代表人，而诉讼获得的收益是在全体当事人中间分配的，你说捐给希望小学你就捐啦？这是你的钱啊？你作为代表人打了官司这钱就都成你的啦？简直是不像话。当然我不是说唐卫江不像话，而是说那帮律师不像话。唐维江没学过法律，脑袋一热来干这种事，你律师怎么不想想这场诉讼到底是怎么回事？也许大家听我说这些的时候感到心里有点憋，其实我们说它是政治问题时，并不是说它不能解决，中国政府完全可以跟日本政府方面提出交涉，中国外交部可以提出照会，可以表示遗憾，可以表示抗议，可以表示强烈抗议，可以降低甚至断绝外交关系，最严重的时候甚至可以诉诸武力。政治上的事情用政治手段来解决，法律没办法解决这类问题。毫无理性地乱来一气，那就不是搞法律。

上面我们谈的是作为一个法律专业学生在专业方面的训练。法律之外，一个人进入大学后，还应该努力把自己塑造成一个"博雅之士"。四年之中，你会受到一种精神的熏染，最后，当你走出校园时，你会变成很不一样的人，从外观气质、内在修养，各个方面都变得不一样，这种不一样在很大程度上是大学教育的功绩。当然，不看一本书，偶尔听听课，在未名湖畔谈谈恋爱，四年之后也会改变，也会变得有斯文之气，但是我们不该这样过这四年，还是该经常地、认真地读一些书，开学典礼上我也说过，不仅仅要听法学院的课，还要听点外系的课，比如西方艺术史、电影艺术鉴赏这样的课。百年纪念讲堂时常有交响音乐会，听听交响乐，领略一下最高层次的交响乐团演绎的贝多芬，在听《田园》时想着田园风光，听《命运》时想着贝多芬这个命运多桀的艺术家怎样与命运抗争，怎么写出那么美好的音乐。《第九交响乐》，那是圣灵的感召，人类要走上大同，要有更多的和平而不是战争，人类都是兄弟姐妹，我们要有一种大同的理想，不要在人间制造仇恨，我们要追求人类的和平，相互的理解。我们不能想像贝多芬在写《第九》时耳朵全聋了，而且已快走到生命的尽头。他亲自担任指挥演奏完《第九交响乐》之后，下面欢声雷动，大家都在鼓掌，贝多芬却一点都听不到，旁边的人提醒他说："你应该向大家致意，大家都在鼓掌。"贝多芬转过身来，现场的人们看到音乐家满脸淌着的泪水。这种伟大的作品，让你感到人的伟大。胡适老校长写过一篇文章叫《不朽》，人怎么才能不朽？不见得我们都去创造贝多芬那样的事业，但是，我们每个人都可以有让自己不朽的方式，那就是为社会做出某种贡献，这就足够了。你会在这个世界中领略许多美好的东西。蔡元培校长说："要以美育代宗教"。我们没必要去信仰邪教，

尽管我说过许多关于法轮功问题的困惑，但是一个健康的人真的不应该去信奉它，我愿意去做点这方面的鼓吹工作。我们有许多伟大的艺术，容易让我们感受到宗教式的伟大，我们应该看看画展，我一直主张，北大应该利用自己的资源。一百多年来，北大历史上有多少伟大的人物，有伟大的艺术家和学问家，他们的书法墨宝，他们的著作手稿，为什么我们不可以搞个很大的陈列馆把它们陈列出来，让大家每个人来以后都可以看到："哎呀，你看胡适写的一封信。"看着先贤的手迹，会睹物思人，会感到一种精神风范。孟子讲"养浩然之气"，这种浩然之气是怎么养出来的？在家养鸟种花行吗？不行，靠的是读书、听音乐、看展览和其他一些富于意义的活动。没有这些东西，一个人的人格就不会获得真正的提升。

对于学习法律的人来说，追求博雅境界还有职业意义上的效果。一个只懂法律的人绝对不可能成为一个好的法律人，他需要拓展自己的知识性格，他要读许多东西，例如莎士比亚，通过莎士比亚的戏剧可以领悟到许多人的悲剧，人生本身的悲剧，像哈姆雷特这样的角色，他体现的不仅仅是戏剧里的一个表浅的人物，他揭示的是人生的深刻的悲剧和内在的冲突；陀斯妥那夫斯基的小说里提示的对法律正义性的追问，那是值得我们去思考的；卡夫卡的《审判》，可以揭示出法律的某种荒诞；狄更斯说法律诉讼是人类的一种灾难。我们搞法律的人也许应该跳出来一点，读一读这些文学家的东西，文学家往往是社会里领悟力最高的一个群体，"春江水暖鸭先知"，文学家的脚步总是在水底下，他对这个社会体悟得最快。所以，读文学作品实际上是理解一个社会、理解一种人性，最终对于我们的专业工作会起到非常重要的作用。我觉得我们应该分出一定的精力去读这些伟大的文学作品。我们还应当去读一些西方哲学史上的经典著作，一些原著，不要过多地读一些二手资料；二手资料可以读一些传记，我觉得伟大人物的传记总是让人感到人生的振奋，感到一种激越之气。还要读经济学的著作，说实话，这是我自己知识上的一个缺陷。我一看经济学的书就烦，看不下去，不喜欢经济学，特别不喜欢，我一直到上大学后才知道，为什么在银行里存钱不但不收保管费，反而要给我利息。到别的地方保留东西人家都要收保管费，到银行去保管钱，它倒过来给我钱，我真不理解这是怎么回事；到上大学后才理解了，原来我的钱被它用了。但现在我觉得一些经济学著作还是比较容易读。我劝大家不要重蹈我的覆辙，现在法与经济，Law

and

economics 已经变成了一门独立的学科，用制度经济学的方法来分析法律问题。不懂一点经济学，怎么分析法律呀？什么成本、效益、还有博奕论，这是个 game，a

theory of

game，对法律思考也产生了不少影响。另外，还我们应该多读一些历史名著，希罗多德的呀，塔西佗的呀，爱德华·吉朋的呀，他的《罗马帝国衰亡史》已经翻译成中文了，还有其他的等等。总而言之，经典著作是我们应该阅读的，包括中国古典的经典，如孔子、孟子。我跟一些本科生接触，发现他们对孔孟还都挺熟，有时候说起来一套一套的，比我强多了。我只在小时候批林批孔时学了一点孔子，后来就没有很好的读过，读研究生时才开始在中国古典上面下点功夫。最后，一个法律专业的学生还要提高自己的语言表达能力，并且把字写得好一些。作为一个中国人，你的汉字写得不漂亮，那真是不大好。这些知识都直接或潜在地对法学有影响，所以我们需要在这方面多开拓自己的知识，所谓"艺多不压人"，读书多了，对分析法律问题是一种潜在的资源，会让你在分析法律问题时不会陷入工匠式的牛角尖里，拔不出来。你会获得一种有智慧的平衡，一种理性的平衡，永远会做好自己的判断，

这是一个法律人成长中必须要做的。所以这四年要做的事还很多。

希望我以上所讲的对你们有所帮助。

＊贺卫方，北京大学法学院教授。这是我于 2000 年 10 月 9 日为北大法学院 00 级新生所作的迎新讲座，由法学院本科生王力同学整理成文。我作了一些文字上的修改。

http://jc.gov.cn/personal/ysxs/fnsx2/fnsx1940.htm

上传时间： 2001/9/19 文章来源：“中国法官”网站

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

法学之羞

by 贺卫方

一个没有受过法学教育的中学化学教师，四十多岁改行进入法学界，短短十年，居然出版“专著近 10 本，论文一大批……著述的文字有 113 万字”，而且治学“横跨了法学几大领域。他刑事方面也搞，金融证券也研究，又是国际法学专家，国际关系博士。”（《南方周末》99.11.5.）上海大学法学院院长潘国和先生的这番伟大成就想必让许多人满脸愧色；那些受过完整法律教育和训练、长期从事法学研究而“铅字”无多的人们，真该寻思吃点“长休饭，永别酒”，别继续在法学界尸位素餐下去了。

长期以来，中国司法职业界门槛低矮，没有受过法律教育的人们可以长驱直入地做法官、做检察官，直接危害到整个法制建设事业。这个问题似乎已经受到愈来愈多的关注，例如，1995 年生效的法官法和检察官法都对可以成为法官和检察官的人们必须具备的大学教育背景以及从事专业工作的业务背景作出了规定。尽管这样的规定在实践中并没有得到严格执行，不过，有规定总算是多少说明立法者意识到专业化对于司法职业的必要性。其实，当我们从法律的实务机关转向法律教育机关时，看到的情况似乎也好不了太多。什么人能够成为法官检察官固然是个要紧的问题，从事法律教育，为人－－将来要成为法官检察官和律师的人们－－师表者品流驳杂是一个同样重大的问题。近年来，法律专业成为热门，法律专业院校从过去的数十所狂飙突进地增长到三百多所。一些不具备开设法律院系起码条件的学校纷纷设系招生。没有教师？没关系，从那些没有多少人报考的冷门专业里调来三五个人，一个系就可以开张。基本的图书资料？管他那么多！先把学生招进来再慢慢置办不迟。校门一进，学费缴罢，学生们怨声载道又顶个啥用？

俗话说：“到什么山上唱什么歌”。既然进了法律院系，成了法学教师－－像潘国和先生甚至还荣任法学院院长，不发表点法学研究成果总说不过去。学术成果既是震慑同事以及学生的资本，又是晋升职称的筹码。因此，书要出版，论文要发表，不仅要快出，而且要多出。

可是，一个残酷的现实是，人到中年，法学未通，要老老实实地从头学起，发表具有独立见解的成果恐怕是猴年马月的事情了。待到草儿青青，马儿早已饿死。于是，一些多快好省的方法便应运而生，诸如“联合署名法”（别人甚至学生作品，自己参与署名，或者干脆独自署名发表），“剪刀浆糊法”（将他人已发表的成果剽窃过来，改头换面，署上自家大名发表。剽窃对象若系台湾学者则更佳，盖因海峡阻隔，露馅不易也），“自我重复法”（同一作品，题目以及一些次要内容略作变化，多次发表，成果统计时篇数必大增），“一女多嫁法”（参加多部教材同一章节的写作，以一当十，成果累计），等等，等等。

也许由于身在其中，感受较多，我认为比起其他学科，法学是学术产品中粗制滥造比例较高的一个学科。其中的原因也是综合性的。本学科在中国短暂的历史，由于历史短而导致的学术规范化程度低下，运动治国时代法学学术传统的彻底断裂，改革开放以来社会对法律人才的需求引发的法律教育热，高等教育管理体制中条块分割造成的不当管者事事管，当管者无人管，高校职称评定中对学术成果评价重量不重质的偏向，以及学术界严肃的学术批评的极度匮乏，都是我们很容易想到的。

《南方周末》向人们披露了潘国和院长的“学术成果”情况以及围绕着他的成果与职称所发生的种种事情。这当然是一件让法学界蒙羞的事件。不过，如果此事能够引发法学界乃至整个学术界对学术规范化、大学教师选任以及职称评定标准的认真讨论和反思，进而整肃学术纪律，淘汰混珠之徒，其作用也许不下于 80 年代由《纽约时报》、《时代周刊》等传媒积极参与报道和讨论，对美国学术纪律产生深刻影响的“亚伯拉汉案件”（David

Abraham Case）。果如此，则未尝不可以说是法学界的一件幸事。

以上文字来自北大法律信息网之 bbs。感谢 sousuoke 推荐。

上传时间： 2002/6/3 文章来源：雅典学园 本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

法院的位置

by 贺卫方

在《旧制度与大革命》一书中，法国思想家托克维尔曾对英法两国的司法制度作过一番饶有兴味的比较。他发现法国的制度存在着种种优点，例如制度的设计具有逻辑的连贯性，司法程序更有效率，能够为公民私人之间的争端提供出色的解决，但是，在托克维尔看来，这些优点只是次要的完美，因为法国制度具有根本的缺陷，那就是，公民无法利用司法制度与国家权力相抗衡。与之相反，英国的司法制度虽然存在着模糊、阻塞、迟缓、昂贵和不便等缺陷，然而它却能够实现“司法的伟大目的”：“在英国，不管一个人的地位如何，不管他控诉个人或是国王，他都更有把握使世人听到他的控诉，而且在英国所有的法庭都可找到维

护他的财产、自由与生命的最好保障。”

“公民利用司法制度与国家权力相抗衡”，这样的说法不免让一些人感到刺耳。其实，司法制度在为公民提供制约政府权力的机制的同时，也对民众表达冤情规定了制度性的限制。司法体制的运作要遵循国家制定的法律，要严格地依照法律上的程序，要以证据作为判案的基本依据，这在客观上使得每一个利用司法体制的人都受到了严格的制约，使得司法在限制国家权力的同时也限制着民众表达不满的方式，从而有助于形成良好的社会秩序。重要的是，法庭不仅仅是解决纠纷的场所，也可以成为一所所学校；法院通过对法律的尊重，对正义的追求，以及对人们平常社会关系中所蕴含的法律道理的阐述，使每一个参与其中的人都受到潜移默化的教育，权利观念得以强化，秩序意识得以培养。

因此，介乎于政府与人民之间的中立的裁判者，而不是单纯的政府权威的维护者，便成为民主制度下法院的适当位置。所谓中立，就是不依傍任何一方，不偏袒任何一方，就是我国宪法所规定的“人民法院依照法律独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉”，就是司法独立。

然而，稍微了解我们的司法运作的人们都知道，法院难以独立地判决一切案件乃是目前相当严重的弊病。举其要者，当案件是普通公民之间的纠纷，关系因素会在其中发挥很大的作用，所谓“官司才进门，两方都托人”；当案件涉及地方经济利益，或者属于民告官类型，即普通公民状告地方政府的案件，地方党政领导的态度便对案件结果起到重要作用——因为法院的人财物均控制在地方领导之手，对全院职工及其家属的生存负有重大责任的法院院长没办法“不独立，毋宁死”。不独此也，我们的现行法律本身也不乏缺陷，例如以当事人的级别或其他地位确定管辖法院的级别，某些高官涉嫌犯罪，必须由最高检察机关进行案情调查，由较高级别的法院进行审理，司法过程中的各种程序也与小民百姓的案件有明显的区别，这样的制度无法让民众感到法律面前人人平等，这样的司法不大容易成为公民得以制约政府权力的屏障。

写到这里，我想起了德国司法史上著名的磨坊主诉威廉一世案。威廉一世乃上个世纪晚期的德国皇帝，一年欲动员某磨坊主拆迁磨坊以美化其行宫景致，甚至愿意高价补偿，无奈磨坊主脖颈强硬，坚决不依。一怒之下，皇帝命人拆除了磨坊。磨坊主并不恼火，袖手任其拆房，不紧不慢地说道：“为帝王者或可为此事，然吾德国尚有法律在。此不平事我必诉之法庭。”结果，磨坊主诉威廉一世案在法院审理，且结果为皇帝败诉。皇帝服从法院的命令，将磨坊以原样重建，并赔偿由拆房给磨坊主带来的一切损失。此案成为德国司法史上标志司法独立的里程碑。

也许，我们在走向法治的进程中也需要这样的里程碑，以强化每个中国人的依法治国意识，让民众感到法院真正是独立的，除了服从法律之外，不受任何外来的干预，从而树立国人对法治的信心。合适的案例？眼前就有一桩：北京市某区检察院诉陈希同。

原载《南方周末》1998 年 4 月 3 日。

上传时间： 2001/9/15　　文章来源：《运送正义的方式》

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

法院名称的变与不变

by 贺卫方

关于法院名称的变与不变，似乎已成为一个很让人动感情甚至动肝火的问题。不过既然问题提出来了，不妨把其中的道理仔细地讨论一下，以便为立法提供一个良好的舆论环境。在接受《新京报》记者采访时，我说明建议修改的理由，只是强调了法院作为专门化的裁判机构不宜太过“平民化”，因为这个问题只是法院组织法修改中诸多问题中的一个，所以对于其他理由当时没有展开论述。这里想补充一些个人的看法。

先说修辞学上的道理。立法是一件非常严肃的事情，语言必须严谨精确，至少不能有修辞学上的重大缺陷。我们看现行法院组织法的题，“中华人民共和国人民法院组织法”，短短 14 个字中“人民”两见，已经是硬伤了，而细查整部法律，其中只要提到法院以及人大、检察院等，从最高一直到基层，“人民”字样不断重复，一部仅有 40 个条文的法律，“人民”居然重复达 155 次！读来直如格律诗里重字连篇，冗赘繁琐，极而言之，说是对汉语的涂炭并不过分。

修辞也许只是次要的理由，再就产生的途径来说，按照我国宪法，法院本来就是由人民代表大会产生并对人大负责的。在人大会议期间，法院要向人大报告工作，代表们要对于法院工作报告进行审议和表决；人大闭会期间，常委会也采取种种措施对司法机关的工作加以监督。这正是宪法中所确立的人民主权原则在司法上的体现。法院之前是否冠以“人民”，与我们的国体性质无关。如果照反对者的逻辑，不加“人民”就改变了机构的性质，那么国务院为什么不叫“人民国务院”？中央电视台没有遵循“中央人民广播电台”的先例叫“中央人民电视台”是不是对人民的背叛？这种望文生义的思维方式又是何等简单！

说到国务院，正好可以回顾一下历史。在 1954 年制定第一部宪法的时候，高层对于把“中央人民政府”改为“国务院”也是有过不同意见的讨论的。根据当时的记录，黄炎培对于改名就很有些不解，他认为“人民”二字很亲切。但是，刘少奇、邓小平却发表了不同的看法。刘少奇说：“人民看的是我们把事情办得好不好？好了，就高呼万岁！不好，就反对。而且不仅反对，还要推翻。人民和政府亲切与否，倒不在乎政府名称上有无‘人民’两字。”最后，毛泽东还诚恳地劝说何香凝接受这一名称上的改变（参看韩大元：《1954 宪法与新中国宪政》，湖南人民出版社 2004 年）。可见，在共和国第一代领导人那里，国家机关是否冠以“人民”字样，是没有那么多的一言以兴邦或一言以丧邦的夸大效果的。既然国号中已经有了“人民”，又有最高立法机关人民代表大会，以下的机构是否冠以“人民”，则主要是一个修辞上的便宜和准确与否的问题。

再说，人民这个概念一向具有强烈的政治色彩。在我国，阶级斗争的时代赋予“人民”以特殊的含义，它与“敌人”相对应，“人民内部矛盾与敌我矛盾”之分正是这两个概念的经典表达。法院之所以“人民法院”，无非是强调它要对两类不同性质的案件分别对待。对

人民，要和颜悦色，调解为主；对敌人，就要坚决斗争，无情打击。什么司法中立，什么程序正义，什么三机关相互制约，统统弃之如敝屣。可是，到了今天，我们的社会还分阶级么？在一个不再有对立阶级的社会中，法院要保证所有公民甚至外国人在法律面前一律平等，而要做到这一点，法院就必须恪守中立。不仅如此，行政诉讼法更要求法院在审理通俗说法所谓“民告官”的案件中不偏不倚，既不是站在“官”的立场上，也不是站在“民”的立场上。如果法院承担的是这样的角色，继续把“人民”冠在前面还有什么意义呢？

其实，古人早就知道“名为实之宾”的道理；一个真正的人民政府，最重要的标志是建立各种制度让人民能够参与到国家管理的过程中，制定各种法律政策保障人权，而不是把人民这个名号挂在嘴边上炫耀。“纳/粹”这个音译词现在读来已经等同于邪恶和残暴，不少

人忘记了它在德语里的意义是多么美好——“德国国家社会主义工人党”!

总之，在司法处理的事务越来越复杂的今天，法院走向专业化、法官选任走向精英化以及法院角色走向中立化都是必然趋势。不如此，司法将不足以成为共和国大厦的梁柱。大厦将倾，每一个人的安全都无从说起。

2004 年 12 月 6 日

上传时间： 2005/1/6 文章来源：法律思想网

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

网友评论发表评论>>只显示最新 10 条。评论内容只代表网友观点，与本站立场无关！

『弘志』于 2005-11-3 12:44:00 发表评论：

贺教授关于法院名称的观点，出于对中国这样一个法治落后的国家强调法律专业化的支持，我很理解。但我还有以下几点考虑：

1

人民法院的名称，有感情色彩，有历史渊源。删去“人民”二字，会否造成对历史的背离和对人民感情的伤害？

2

人民法院的名称，人们早已习惯，在社会主义国家的背景下，有“人民”二字和无“人民”二字，并无本质的区别，但既已习惯，有“人民”者，何必删去？无“人民”者，何必添加？

3

市场经济和现代化的中国，“人民”二字的政治色彩已经淡化，似乎已经转化成为一个

文化意义上的称呼，其外延为中国最广大的国民群体。

4

司法改革是一个系统工程，删去“人民”二字，中国法院法官群体的精英化不会立刻实现，法院缺乏司法独立的情况不会立刻改观。保留“人民”二字，会在多大程度上妨碍法律专业化的进程、阻挡司法改革的步伐？因此，保留还是删去，与法律专业化目标是有益还是有害，仍需进一步商榷。

『陈勇』于 2005-9-15 20:41:00 发表评论：

贺教授是我敬佩的人，是一位有良知的学者，是一位忧国忧民的人！

法治　人治　运动治

by 贺卫方

全国人民代表大会将“依法治国，建设社会主义法治国家”的规定正式载入宪法，受到包括法律界在内的各界人士的高度评价，认为这标志着治国方略从人治向法治的根本改变，将具有“重大的现实意义和深远的历史意义”。

的确，将依法治国作为治国方略的确立与基本的经济形态从计划经济向市场经济的转向结合起来，我们的社会真正是在经历着沧海桑田一般的变化。不过，也许我们应当意识到，依法治国进入根本大法并不意味着社会事务的实际处理过程都会在朝夕之间纳入法治的轨道；治国方略的变化需要相关观念的渐次转换，需要配套措施与具体制度的逐步出台和确立，需要全社会对怎样才是依法治国形成一定程度上的共识。

否则，我们就很可能一方面倡导依法治国，而另一方面却在行为上背离法治原则而不自知。

要厘清依法治国的含义，一个比较好的思路是检讨一下什么不是依法治国，在非法治的背景下，依法治国的特点更容易凸现出来。

作为不同的治国方略，我们马上会想到的是以人治国，即所谓人治。现在，人们在颂扬法治的时候，往往容易不假思索地将人治作为法治的对立面贬损一通，人治几乎成了所有糟糕统治的同义词。实则这是大大的误解。作为一种理想化统治方式的人治，原是为了纠法治之偏而提出的。法治，即使是实施状态最佳的法治，也是需要付出代价的。由于法治倡导法律面前人人平等，而现实生活中，人与人之间并不平等，法律的平等划一与实际生活的凹凸不平会形成紧张关系，平等的法律适用反而可能产生不平等的后果。法治的第二个代价是，由于追求规则的可预期性，因此有所谓“法不追溯既往”以及“法无明文不为罪”的原则，

不容许用行为时尚不存在的法律追究行为人的法律责任，这难免造成既成法律与多变社会之间的冲突。还有，由于司法过程受到严格的程序约束，所以无法做到“有错必究”，甚至可以说，一定比例的错案率是合理法治秩序得以存在的必要条件。最后，法治意味着法律家对社会事务的终极统治，但是，法律家也有其自身的利益，有时会自觉不自觉地夸大法律职业的社会价值，从而造成社会对法律职业者越来越大的依赖。另外，法律职业化程度的提高也会造成法律家视野狭窄，对真正的社会追求视而不见，沉溺于自我营造的体系之中而不可自拔。

法治的这些与生俱来的缺陷让一些贤明之士忧心忡忡，他们力图找到一种更好的统治方式以弥补法治的缺陷，这种治国方略便是人治。人治是贤人的统治（孟子曰“惟仁者宜在高位”），是“哲学王”的统治。读过柏拉图名著《理想国》的人们，都会对柏老夫子为培育适合人治的统治者而设计的那一整套周密的方案留下深刻印象。

哲学王仁慈，智慧，富于洞见，对每个人的需求都能够明察秋毫并给予满足。

尤其重要的是，哲学王不会受到权力的腐蚀和财富的诱惑，蜕变为一个暴君。有了这样的统治者，那些硬梆梆的律典条文不就成为很多余，也很无聊的玩艺了么?可是，现实远没有想象那么完美。人治论者所设想的这一套治国方略在付诸实施的时候总不免演变成专制与暴虐，并出现不同的变种，例如，我们相当熟悉的“文化大革命”式的运动治国。顾名思义，运动治国依赖范围广泛的群众运动。在那里，具有确定性的法律和权利都是不存在的，甚至罪与非罪的边界也变得模糊不清，行为的后果常因人而异，因时而异。司法机关也成为斗争机关，为了斗争可以置基本的法律程序于不顾。立场须站稳，旗帜要鲜明。理性主义蒙尘，道德主义盛行，各种媒体齐发动，不仅揭露行为，更贬斥和诋毁被批判者的人格，不将“一小撮坏人”批倒批臭势不罢休。在这种批判的过程中，广大人民群众将会看清“坏人”的“丑恶嘴脸”，上当的人必须划清界限，痛改前非；没有上当的人也不可沾沾自喜，要擦亮眼睛，时刻准备与新出现的敌对分子和错误思想作斗争。这是和平时期的战争。没有炮火，但对人的心灵，甚至肉体的摧残却一点也不逊于战争。

在检讨法学家何以在五四时代的思想界缺席的文章中，我曾引西谚“枪炮作响法无声”（Interarmasilentleges），说明法学与战争的冰炭不容。实际上，这种不是战争胜似战争的运动治国，对于法律家来说不啻是最大的灾难。社会的安定、理性以及对程序普遍的尊重乃是他安身立命之本，但是，顷刻之间，所有这一切都荡然无存了，他手捧着法典，黯然神伤。

“两利相权取其重，两害相权取其轻。”人类社会就是在不断的趋利避害的选择之中走向进步的。当人治和运动治都被实践证明是对国家和人民的危害远远大于利益的时候，我们义无反顾地选择了法治，并将其确定为国家的奋斗目标，在法治的光辉照耀下，我们有充分的理由对未来充满信心。

上传时间： 2001/9/15 　文章来源：法制日报 1999 年 12 月 26 日第三版

法治：思想启蒙的新征程

——与贺卫方对话

by 贺卫方/吴琰

北京冬日，已很难再有云淡风轻的时候。站在北京大学东门外的寒风中，我期盼着一场启迪智慧的谈话，温润而沁心。

贺卫方在远处挥了挥手，并在空中做了个手势。一会儿，我们坐在对面的咖啡屋里。贺卫方埋头扒着简单的份饭。我坐在对面，不忍打搅这迟到的午餐，已经中午 1 点 40 分了。

终于，两瓶啤酒、一壶碧螺春、一包云烟，开始伴随着我们的聊天。

我们生于斯、长于斯的社会终于不可避免地产生现代法治的内在需求，这是中国人能获得的最宝贵的历史机遇。愿法律不负历史，让中国这一次真正走远。——贺卫方（北京大学法学院教授博士生导师）

第二次战略性转移，是制度建设时代

记：有学者提出，从以经济建设为中心到以制度建设为中心，中国社会面临第二次战略性转移。这是又一次的社会启蒙。你和一批法学学者、司法实务者都在做着新时代的奠基工作。我可以打问贺先生这两年的“生物钟”吗？

贺：（哈哈大笑）上课、写作、翻译、编杂志，我知道你问的不是这些。每年二分之一的时间在全国各地演讲、座谈。除了西藏、新疆、内蒙、广西一些边远地区，全走遍了。算是典型的嘴力劳动者吧。

记：到哪些部门呢？

贺：高校（包括一些军事院校）、党和政府部门、地方法院（从基层法院到省高级法院）、检察院。跑的地方很多，游览的地方很少，往往讲完就要赶回北大上课。

记：主要讲什么呢？

贺：司法改革、现代法治社会的原则、对某些流行意识形态的批判，法院内部管理制度、正在推进的具体法治改革争议、法律职业建构过程中的困惑，等等，不同场合主题不同。

记：网站上说，你提着嗓子在旷野上呐喊，甚至到了失音的程度。

贺：只有一两次讲得失音了。但并不是在旷野上呐喊，而是面对面地交流、碰撞，真是火花四溅。纸条像雪片一样往上飞，问题经常提得非常尖锐。少则一二百人，多则四、五千人。特别是和法官、法院院长对话，他们是一线的操作者，直接在做着理论创新、制度创新、体制创新的工作。和法官交谈，内容可以比较专业，知识背景相似，互动很多，都是改革实践中不能回避的问题。除此之外，还有一个无形的课堂——网络互动，有大量理性、冷静的切磋，互不相识却坦诚、犀利，那是一份独到的教学相长。我非常喜欢这种交流。

记：可以说，这是法律文化的互动传播？或者说，是一个人和制度的对话？

贺：不，是所有人和制度的对话。我想，制度是人们基于某种对人性、人的行为、人的心理认识、思维关联等形成的习惯并养成的预期，他给你一个日常生活的预期，知道什么是行为边界，什么是规范行为，什么是不规范行为,这样一种比较宽泛的制度认识。目前法律制度存在基本的紧张。一方面法律制度必须考虑把人当作人。在这个社会，人都是经济人，功名利禄不可能回避：另一方面，法律制度又必须考虑超越个人私利之上的基本原则，比如社会正义、社会公正。推动法律制度变革与推动经济制度变革不同，法学不是用来诠释经济学的，不是弥尔顿《失乐园》里夏娃对亚当所说的“我的创造者和支配者呀/我虔诚地听取/你的一切吩咐”。所谓法律为经济建设服务，这里有一个很大的误区。在中国，法律传统十分薄弱，它作为舶来品输入本土，仅仅百年历史。到现在，法学的基本框架和知识传统还没有建立起来，这实际上是很大的危机。我们现在的司法制度来源大体有三个：一是欧洲大陆的法律传统：二是前苏联的法律传统；三是中国古典的治理传统。

现代法治原则缘于自然的社会演进

记：你在“法官文化的意义与课题”中说道，现代法治原则缘于深厚的文化积淀、自然的制度发展和历史演进。从历史连续性的进路考虑，一国特定文化对一国法治形态影响很大；反过来，法治进程也会深刻地影响一国文化。那么，西方法制制度根植于什么土壤中呢？

贺：从根本上说，西方法制制度的形成是在其漫长的历史演进过程中自然生发出来的。观察西方的法律史，我们会发现法治的发生有着相当复杂的基础。为什么在两千多年前，在古罗马会产生如此复杂而博大精深的法律知识体系？由于独特的语言、知识，法律人在睁开眼睛看世界时，看到的与常人眼中呈现的完全不同的另一个世界。他们设计出非常复杂的概念体系和对事物不同的分类，从而获得解释社会关系和解决社会冲突的一种知识力量。

这里有几个社会性要素，首先是商人的精神。在地中海沿岸的希腊、罗马所以形成复杂的法律思想和不同的社会治理模式的探索，缘于贸易的发达，商业的传统，社会交易的多样性以及商业社会的文化交融。人们必须认真考虑贸易纠纷如何解决。在小亚细亚买一船小麦运到雅典，人们必须考虑商业风险如何转移，其他还有动产、不动产交易如何做，什么叫占有、占有多长时间可以获得所有权，等等，这都需要复杂的法律知识、技术。这是重要的社会土壤。

第二个方面，是不同民族的融合导致的家族主义衰落。在各个社会中，家族都是社会秩序得以形成的重要细胞或元素。人的基本生活形态和家庭密不可分，我们从小就知道父亲对家庭负有很大责任，并可以命令、支配我们。由家族拓展到广泛的社会层面，便形成家族式统治。这是整个中国古代社会的治理模式。但是在西方历史上，战争使不同民族通婚，血缘混乱，家族式微，终于破坏了家族统治。

第三个方面，宗教因素。西方宗教传统、神学基础对法律制度有非常大的影响。中国人的宗教情结很淡、很稀薄，很难理解诸如原罪、救赎、末日审判等等这些神学传统。在一定程度上可以说，没有基督教就没有西方法律制度。它的影响不仅在表层意义上，比如有些仪式来自宗教，更是在内在精神上。法律面前人人平等与上帝面前人人平等有着内在的历史关联和思想关联。这也是西方法律制度的文化基础。与此同时，教会的存在是对世俗君主权力的制约，在罗马教皇面前，任何世俗君主都只是一个教徒，他必须遵循“把恺撒的东西给恺撒，把上帝的东西给上帝”的准则。一般欧洲人的生存是两分世界，世俗世界和精神世界，这给后来的君主权力很大的制约。我认为，这是西方宪政存在的社会根源。

第四个因素，应该考虑阶级斗争、阶级冲突。西欧社会和中国传统社会不同，是阶级社会，不同等级之间的斗争，罗马法得以发展是以贵族、平民的斗争分不开的。一直到 1215 年英国的大宪章。它所以能够成为宪法性文件，来自于贵族对国王的不满与反抗。当社会各层界限相对比较清晰、各自利益比较明确，又不得不相互依存、相互妥协时，宪法也就应运而生。第五个因素是专业化、专业主义。社会分工产生了不同专业，继而社会开始论证专业化在社会关系调整中的合理性。比如，判决一个案子。过去国王生杀予夺、皇帝言出法随。但专业化以后，解决纠纷时不再是有权力的人就可以，同时还需要有专业训练背景。君主再贤明、伟大，没有受过专业训练，就不可以从事司法判决。我们可以看到，近代以来西方社会不受法律约束的权力是如何被纳入法律框架之中。整个社会能够走上法治之路，不是偶然的。没有宽厚、结实的塔基，就没有金字塔。

中国古典法律：一个高度拥挤的公共汽车

记：对于我们来说，显然出现了发展阶段的断裂层。那么，我们跨阶段地“嫁接”，会出现什么情况呢？

贺：其实，世上哪里有一种制度是完全土生土长的，大多是相互借鉴的，有纯粹的亚利安人吗？非驴非马，骡子有什么不好？杂种出好货。历史很残酷，没有把这一百年给我们全心全意地从事制度建设。我们只能在不断反思、审视中不断借鉴、不断前进。

记：很好，你提出了下一个问题：审视一下本土的土壤。

贺：现在的确是非驴非马，还远没有成为骡子。对中国来讲，法律制度是舶来品。一直以来似乎和社会很隔膜，到底和大众的日常生活有什么关联呢？那些法言法语，怪怪的，像黑社会的“切口”。我们的法律人，例如法官、检察官、律师，言说与行为是分离的。在法庭上要表达西方法律知识、观念，法庭外却用传统的中国方式操作，比如法官怎样去做人的工作，律师怎样去“勾兑”法官，这和西方法院的操作差别很大。再比如，我们接受了分权

学说，实际上也建立了权力分立的政府。宪法第一百二十六条规定，人民法院依法行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干预，说的就是分权，法院与政府是不一样的机构。但实际上，法院、政府都不是生活在真空地带，也是几千年发育出的文化滋养着的人在操作。什么“一把手”的概念，总是期望有至高无上的权力来有效地进行社会动员，解决社会纠纷。法律与文化、法律与社会的脱节越来越明显，导致我们不能很好地运作这套制度。

记：你是教“比较法”的，还翻译过一些西方学者的比较法著作，那么比较一下现代法治原则和我们承袭的法律文化基因吧。

贺：中国是成文法历史最为悠久的国家。如果从更宽泛的角度来理解，周礼本身就是法律文件。《唐律》本身在世界立法史上都是辉煌的篇章。还有明大诰、大清律，等等。历朝历代除了律典，还有礼典，的确悠久灿烂。但和我们今天所讲的“法”有明显差别。

首先，法律制度是朝廷建立王权合法性的基础。任何朝代改朝换代必须制定法典，它的模式受经典模式的强烈制约。皇权至高无上，社会由此规定严格的等级序列，君君臣臣父父子子。这是社会关系调整的基础。如果单纯从法律所涵盖的范围来观察的话，把中国的“礼”和“法”结合起来，更像今天所说的法律，这样说仍然差强人意。比较一下的话会发现，对权力合法性基础的制度设定，今古差别之大。今天，法律制度是制定普遍化的规则，在约束每一个人时，也必然约束政府。不仅仅是一套立法规范，还有司法和相关的法律解释及各种解释性规范。重要的是，要把恣意的权力纳入规范化的轨道，像韦伯所说，把权力变成常规权力。做事不再是随意的、恣意的，你完全可以预期他不能做什么，能够做什么。他一定不能超越准则。就像把国王的权力纳入规范化的轨道，国王也就成了官僚机器上的一个齿轮，即便是镶着钻石的齿轮，十分辉煌，但毕竟是整个官僚机器中的一个必须依照设定的程序运行的齿轮。法官也是这样，司法的独立不是司法的恣意。司法公开不是在法庭上有人旁听、公开审判了，就叫司法公开。重要的是法官判决一个案子，他依据什么，什么因素影响他的思考都需要进行清晰的表述，这样才是真正的公开。

另外，只有公开才能制约决策权的行使，才可以做到同等案件同等对待。同样一个杀人案，昨天判死刑，今天因为他家有背景，就不判死刑了。我们需要研究如何将法官权力纳入规范化轨道的问题。司法独立是和一定的司法责任及司法本身的准则密不可分。一位日本学者说，中国古典法律制度运作过程就是高度拥挤的公共汽车。你可以想象一下，在高度拥挤的公共汽车里，你要获得最大化权力，就需要力量很大，甚至要变成歹徒，把别人吓跑。软弱者总是遭受欺凌。用老话说就“能叫的孩子多吃奶”，没有规则便以无规则对抗无规则，秩序当然也就荡然无存。第二，泛道德化倾向。中国古代法更多的是崇高价值的体现。“法”服从“礼”，只是服务于儒家道统、实现其价值目标的工具。所谓“刑期去刑”、“舍法取义”是也。今天法律虽然有其最终价值的追求，但更注重法律规范，脱道德化，特别是在价值多元化的社会，法律不可以以某个群体的道德要求来制约整体社会。

记：现在的法官也有泛道德化倾向吗？

贺：社会有这个倾向。比如，《民法通则》中规定，民事行为不得违反社会公德，不得违背“公序良俗”。这个俗、这个序，如何理解？不是有一个很轰动的案子吗？泸州包二奶案。因为包二奶违反婚姻道德，就说经过公证的遗赠契约无效。这是很可质疑的。这个判决争议很大。现代法治要求法律和道德分离，在不同道德的追求中保持中立。

还有一个问题，民愤。“不杀不足以平民愤”，这是曾响彻云霄的代表民意的口号。司法过程中注重两个因素：法官必须通过案件的审理确立法律准则，让当事人和旁听人明白，什么行为是合法的，什么行为是非法的，使人对行为的法律后果有一个合理的预期，今后可以严格按这个预期去约束自己的行为，法院判决也注重这个可预期性，过去怎样判，今天就不能轻易改变。那么，良好的社会程序就可以形成。第二，解决纠纷与确立规则是有矛盾的。审判案件实际上是审理利益指向不同的人的冲突。法院是要解决这些纠纷。有些案件与社会文化有关联，卷进了社会情感，会特别关注某些特别案例。比如张金柱案，人们把平时积累的对警察不法行为的愤怒宣泄出来，形成对法院的压力。法院应该关注社会关注，但绝不是不得不服从社会关注。良好的司法制度可以抵抗民意，一定程度上形成对民意的反说服，不允许简单地以民意代替司法来判断，否则法院就不必存在了。

从历史上看，专业化司法的兴起，一个重要的指向是要制约简单地依据民意形成对司法的压迫，尤其是对少数人的压迫。古希腊在波罗奔尼撒战争结束以后，人们对所谓希腊的敌人深恶痛绝。这种情绪被转嫁到苏格拉底身上。苏格拉底被指控为“蛊惑人心、腐蚀青年、亵渎神灵”。然后，雅典法院由 500 多个自由民（他们不是专业法官）随机组成大法庭，听取双方辩论，最后投票表决，判处苏格拉底死刑。苏格拉底这样一个伟大的人物，在雅典民主社会的这样一个法庭，成为民意的第一个殉道者。这个事情给后世很大震动，人们感到简单依据民意来设计司法制度是错误的。后来才有了罗马时代专业司法的兴起，也才有了不经过法律专业训练不可以从事司法工作的信念。这些都是为了和民意保持一定距离。看美国民主制度很有趣。它的行政、立法机构的设立完全按民主程序操作。总统是选出来的，议会的议员是选出来的，但联邦法院系统八百多名法官，没有一个是民选的。都是总统任命的。其产生和民意没有什么关联。进入司法领域后，也不受民意制约。总统还有任期限制，法官却终身任职。他可以摆脱民意的压力，作出在某个特定时期不被民众普遍欢迎，但对社会发展有长远价值的判决。

我想，一个健康的司法体系应该、也可以和民意保持一定距离。否则一味地“不杀不足以平民愤”、“国人皆言杀可杀之”，就极易陷入多数人的暴政中。托克维尔一百七十多年前说过：“法律家是平衡民主制度弊端的重要力量。”对于今天中国的法律人来讲，如何建立良好的司法体系，这句话仍是耐人寻味的。

包公不是法官，是全权官员

记：中国文化中一个有趣的符号、法律符号——海瑞、包公，在舞台上历千百年不衰。那么，他们是什么法官呢？

贺：他们是官员，不是法官；也不是法律符号，是道德符号。首先，他是综合性权力的行使者。古典社会没有分权的政府模式。政府官员解决纠纷时考虑的是用个别主义的方式解决纠纷，同时将特定案件的处理放到社区治理的思路之中。比如如何杀一儆百、以正风气。海瑞有一段著名的话：如果涉及到诉讼中可疑情节，如争夺财产，让富人委屈，不让穷人委屈；如争夺名分，让穷人委屈，不让富人委屈。这不是判案子。第二，他没有受过今天意义上的法律专业训练。在做官以前，科举考试不考律条。只有宋代曾有过“拟判”的考试内容。

但我看过，实际上，与其说是考他的法律知识，不如说是考他的文采。判决书也用四六句写，写得很华丽。当了官以后又没有时间、精力去熟捻律条，主要依靠幕僚、师爷（刑名师爷），这些人依附于东家，玩的也是谋术。古代法官没有严格执行法律的制度性要素。第三、审理案件没有什么程序正义，注重实质正义（由于前两个因素，这个实质正义又变得十分不确定）。案件审理是否公正取决于官员（可不是法官）的良知。刚刚要审理案子，旁边的小官递条子：贾不假，白玉为堂金作马，那你就要考虑这个案子涉及金陵某家利益，最终的判决就变成高度拥挤的公共汽车了，谁的能量大、势利强，谁的权利范围就大。

从更宽广的视野看，为什么那么多老百姓上京城、找皇帝、告御状，道路奔走、权门呼号，小案成了大案。就是因为没有良好的司法救济制度，不能保证纠纷在基层公正解决。现在也是这样。一些形而上的口号，“为天地立心，为生民立命，为往圣继绝学，为万世开太平”，这些空洞的大口号格外受到历代士大夫的青睐。谁会关注基层的制度建设，使小民得到最具体、最基本的正义？这传统的悲剧在今天的社会仍被上演着。

记：老百姓喜欢他们，因为这是清廉的符号，清官意识和法官概念就此混杂。

贺：对官员的期盼是清廉，对法官的期盼是公正。这个符号受到特定民族文化的影响，说明这个社会还没有发生脱胎换骨的变化。其实今天的法官和包公一点儿也不一样，他们只是边缘化的权力，不是核心权力。在现代国家，他们应该是非常核心的力量。依法治国，一定程度上就是依法院治国。

记：除了清官意识，还有一种思维方式：对峙。你是我非、你黑我白、你死我活。我们在强调证据制度时，有人会说，什么证据不足，你怎么把坏人放了？还允许坏人有沉默权？这是一种文化影响吗？

贺：当然。对峙思维和现代法制思维是对立的。传统社会为什么会形成这种观念呢？从哲学上讲，我们的文化强调人之初，性本善。通过纲常伦理一套礼教可以教化人。似乎从逻辑上讲，一旦有了道德，就不会杀人放火，好象可以自圆其说。其实，人不仅仅是理性的人，还是情感的人，常以非理性支配行为。这种简单化、贴标签式的思维模式，在阶级斗争观念下被进一步强化，至今在延续着。这种对峙的思维在教育界也弥漫着。什么标准答案，难道在解决问题时，就只有一个答案，其他的就都是错的吗？教育的目的就是让人们获得这个惟一正确的答案？教育界尚且如此，更何况社会文化的共识。在利益多元化的社会中，两方面的利益都可能是正当的，法官权衡只能两利相权求其重。过去法官判决书里常有“害群之马”、“丧心病狂”等非常贬义的词。古代刑法分三六九等，死刑从绞刑、斩刑到凌迟几十种，本身也是道德教化的工具。我不久前写了一篇文章，赞扬昆明法院将“狗急跳墙”、“抱头鼠窜”扫出法律文书。“罪大恶极”这个词，你们媒体经常说的，这个“恶”字就是旧文化的遗续。现代司法制度建设过程就是和几千年文化抗争的过程。

其实传统文化有些好的东西被我们抛弃了。比如科举考试，经过艰难的考核，从相同知识背景、相同专业训练的人中选拔精英，可以保证决策的一致。今年的统一司法考试就是要让法官、检察官、律师从一个门进来，有相同的知识背景、相同的专业训练，以保证司法决策的一致。

放眼看世界时，我们接纳了什么价值观

记：中国公民不是靠简单的说理、靠读书，而是在对自身利益的争取中，方可对现代法治精神有渐进的认识和关照。这二十年来，公民诉权主张的增多、案件的多元化，民情习俗在悄悄地改变，真是了不起。

贺：是。我向来对老百姓权利意识淡薄的说法不以为然。你想，你的钱包我抢走了，你没意见，还高高兴兴，哪有这个道理？雷锋也不干。所谓意识淡薄，实际上是司法公正的缺失问题。打官司成本太高，风险太大。

记：秋菊可不是当年的秋菊了。今年一个案件，让我很感动。一个普通工人在北京状告铁道部“行政不作为”，打的是行政复议的程序。一审下来，法官给他打电话说，你打的是程序，赢了也一分钱得不到，撤诉吧。他说，不，我打的就是这个法。一审败诉。二审也是败诉。他争的是权利尊严。

贺：好、好。权利分层了。现在信息这么多，新的“权种”不断出现，“隐私权”、“肖像权”、要求行证复议权，等等。公民的权利诉求是对制度和程序的积极追求。公民和法官是互动的。法治社会离不开每个人为权利的斗争。令人忧虑的是，我们的法官不能很好地回应公民，判决往往是苍白的。中国传统社会的治理模式和现代法治有根本差异，法律职业又与政治有密切关联，其独立性的内在要求会产生认识上的误区。比如你刚才谈的案子，如果判决政府败诉，这里也先排除政府官员的脚下动作，那么法官和官员是否可以承受司法独立的压力？

在社会转型时，我们已经出现西方法制产生时的社会变化。比如在市场化社会里，经济的发展、都市化的加剧、人口跨地区流动，商品跨地域、跨国家的流动，人的陌生化程度加剧。过去人与人之间信赖熟人，现在不得不建立对法律契约的信赖。法律专业群体的兴起；中产阶级不仅经济上悄悄成长，还要更多地参与国家政治生活，比如要影响立法；政治层面上越来越摆脱个人魅力型的权力模式，超越对个人的依赖，建立合理的官僚体制，这种体制不假借超越法律之上的权力来保障社会秩序。而且人权由一个不能讲的问题变得不仅可以讲了，还可以据此提起诉讼，等等，更多的因素使社会需要向法治转型，社会终于不可避免地产生法治的内在需求，这是中国人能获得的最宝贵的历史机遇。记：对于中国公民，某些人权观念，比如沉默权、无罪推定原则、不得自证其罪，是不是有些陌生、甚至抵触，或者在静悄悄地接受？贺：也许有官职的公民与百姓公民之间对这些权利的态度并不一致。但是，权利观念正是在挫折和灾难中才能开放的花朵。到了“文化大革命”，红卫兵可以置国家主席的政治权利于不顾的时候，刘少奇才真正能够意识到，在小人物的权利不受保障的地方，所谓大人物的权利也是不受保障的，没有一个人是安全的。

记：记得你在“法学家的缺席”中提到，五四运动的内在缺陷，使得法律在中国没有位置。在社会启蒙的征程中，“法先生”的缺席拉慢了历史的进程。

贺：是。十九世纪中叶，关于人权和权利的观念就已经进入本土。民国时代，曾有一批学者，学贯中西，制定了很好的法典。可惜，战争的硝烟、政治的纷争，历史湮没了这个辉煌。我有一个愿望，非常希望能够出现某些典型案例，标志着司法独立和法治社会渐趋建立

的里程碑式事件或者符号化意义的典型案例。如陈希同案、成克杰案，他们既是贪官，又是公民，如果公开审判将是很好的机遇。可惜我们又与历史擦肩而过。今后总会有新的事件，新的机遇，愿我们能够不误历史。无论如何，时不我待，为中国的法治进程掏出心力，付出年华，这一代人的奋斗是极富乐趣的。

（本报记者吴琰 2002-12-28 10:50　工人日报 版次：五）

上传时间： 2003/1/1　文章来源：工人日报　本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

法治与法律家之治

——在北大法学院“午餐学术沙龙”的讲演

有时我觉得饮食与法律发展是一个值得研究的题目。在美国法学院中经常有午餐沙龙，因为吃西餐不占双手，而且食物的味道也不重，而中国菜正好相反；况且，中国人一向认为吃饭是件轻松的事，不喜欢边吃边干正事，排斥餐桌上的学术。不过，在这样的环境下与大家进行一些学术上的探讨，倒是一件很有意思的事。

今天的主题是“法治与法律家之治”之间的联系；这是我近来一直在思考并在课堂上宣传的主题，因此，听过我的课的同学可能会对其中的观点感到很熟悉，可是，我很重视这么一个交流和质疑的机会。最近，北大法学院的一位博士生写了一篇探讨法治意义的文章，登在《法制日报》上，批评“法律家之治”这一观点，让我进行了更为深入的思考。

我倾向于把“法治”理解为早期的人们提出的治理国家的几种主之一；这些主张互有冲突、交锋和交流。比如说，我认为“人治”之所以被提出，是为了矫正法治的弊端。以法治国，在很多人眼里，似乎有无需质疑的正当性和优越性，但法治本身是有代价的，这些代价是这种治理模式内在的。有哪些代价呢？首先，人治与法治的一个主要区别，就是法治能创造可预期性，就是说规范先于行为存在，人们可以根据规范来行为，从而把危险控制在一定的范围内。所以,“法无明文规定不为罪，法无明文规定不受罚”是一项基本的原则。从这个角度看，虽然审判四人帮被看作新中国法治的起点，但在实质上违反了这一基本的法治原则；因为当时审判的法律依据是１９７９年颁布的《刑法》，而在四人帮横行的时代，中国是没有法律的，从而也不存在“犯罪”。还有，现在对存款利息征税的做法也是违背这一原则的：如果人们在存款时就知道日后要对利息征税，那么，可能一部人就会选择消费而不是储蓄；对起征日时现有的存款利息征税，这种做法在表面上看没有“溯及既往”，但我认为，真正合理合法的做法是：对起征日起方才存入的存款利息才能征税。可预期性有内在的紧张关系，就是：法律的稳定性与社会生活的发展之间的矛盾。长大了的人仍穿小孩子的衣服是让人感到别扭的，而变化太多的东西就会没有权威，《德国民法典》在一百多年里，《美国联

邦宪法》自诞生两百多年来就很少被修改。因此，我对新中国修宪的频率是有意见的。从来没有人想过删减《圣经》内容，而《圣经》在基督教的经书中无疑具有最权威的地位。法律的权威性基本上依赖于法律的稳定性；如何处理这一内在的紧张关系，是任何法治国都面临的严肃问题。其次，法治的第二个代价就是：规则的平等适用往往忽视对象个体的差异性。有些同学指出，现在的法律是不维护道德的，甚至是反道德的；但严格地讲，我认为，有些法律是维护道德的，比如对第三者的惩罚就维护了家庭关系和婚姻道德。但是，我这个主张一再"遭打"，而实践中这种婚姻家庭法的立法也被视为一种倒退。关于道德，当前的最大问题，是个体道德理念的差距越来越大，越来越多元化；对这些道德准则，法律无法进行整齐划一地规范。"人生而平等，但无所不在枷锁之中"，同时，"人生而不平等，且无所不在枷锁之中"，比如说，北京与陕西的高考录取分数线相差很大，这对陕西考生来说，就是不公平的，我同意全国统一录取的分数线。去年最高法院面向社会招考１０名法官，报名条件之一就是"具有北京户口"，对此，报刊上登载了一篇名为《北京是谁们的首都》的文章，写得很好。最高法院是全国性机构，要求有北京户口，意味着在权利资源分配上歧视外地人口。其三，法律职业共同体内在的利益未必符合社会利益。在讨论这个问题之前，我想问的是：存在一个明确的社会公共利益吗？国家重点扶持北大清华，投入１８亿元的资金，其他高校的利益是否因此受到损伤？增加工人的工资，那农民的利益呢？利益愈多元化，就愈难找到这个公共利益。法律家也是一个利益集团，他们宣扬法治的目的可能也是追求自我利益的增加。比如公检法三家争夺对赃款赃物的处置权，原因就是，上缴国家后能得到相应的回报。法学家常在电视上露面宣传法治，比如过去的我，而电视这种媒体最可能以真实的形式误导人。《法学》杂志"法林逸史"栏目最近发了一篇很有意思的文章，讲美国谍报部门发现，中国目前有一批人总在流动，进出有飞机、汽车，吃住开销不用自己操心，临走时口袋里还塞满了钱。原来，这是因为《合同法》颁布了，这些民法学家正忙于四处讲学。权利和利益具有相互性，法律家无疑可从法治中得利。其四，走向法治的过程常常是追求独立的过程，包括司法独立、法学独立、法律职业独立等等。所谓独立，指自己的权利和知识不受外界干扰；但要注意，它的前提是自己不要过多地干预外界，注意自己权利的界限。法院主动地指导社会，过多地干预社会，就会让社会影响自己的独立性，大学亦然。追求独立可能意味着通过法律来调整社会，但有一种内在的缺陷，即无法给予社会一种主动的引领和无法对社会必需的东西给予积极的回应。我国法院主动为国企改革、家庭和睦和春耕生产服务，这与美国"积极主义"的观点完全不一样；因为司法无法做到积极回应社会的大部分需求，所以才有三权分立。我之所以批评中国法院总为国家的中心任务服务，主要是担心它因为这种服务而丧失了自我。

人治，在很大程度上是针对法治的缺陷，提出了自己的主张，认为贤明的统治者在给每个人分配权利资源、财产和荣誉时，可能实现正义。在英国，"法"指普通法，平衡是一种制度，"每人得到应得之份，便是正义"，关键是，按僵硬的法律来考虑，法律无法确定每个人应得的份额是很多少。古谚"衡平法的尺度以大法官脚的尺度为依托"说明了这一点。创立衡平制度的基本思路是人对人的考量。在不受僵硬的规则的管束时，法官能够提供合理的救济，因此大法官的良心很重要，他"是国王良心的保持者"，衡平制本身就是人治。人治有什么特点呢？第一，人治论者相信，如果能找到一个伟大的领导或小的群体来给社会分配正义，就能缓和法律本身的缺陷。第二，人治的另一好处是再也无需保持决策的连续性，决策不受已经存在的规则的约束，一切取决于当事人的实际情况，"今日之我已非昨日之我"，因而能更合理地进行考虑和判决。法官没有义务通过司法的方式来创造规范，中国古代的司法官员就是这样；毛泽东也说"我就是和尚打伞——无法无天"，言下之意，用法律来束缚伟大的无产阶级的手脚是不被允许的。柏拉图讲贤人政治，"内圣是前提，外圣是结果"。人

治与法治未必对立，是可以契合的；在我看来，契合点就是“法律职业共同体”。赵晓力在ＢＢＳ上发了一篇文章《法律职业共同体宣言》，但对它的讨论并不热烈。我觉得他论证得很好，文中还有一句颇有感召的话——“全世界法律人联合起来”。下面，我尝试分析一下，法律职业共同体是如何对社会进行“统治”的。

法律家阶层在西方的发展中，是逐渐发育并独立的。按伯尔曼在《法律与革命》一书中的观点，在古罗马时代就产生了“法律是独立的知识”的强烈见解。先有了从事法律职业前的专门训练，而后是大学中纷纷设置法学院，后来出现了英国大法官爱德华·柯克与国王的那场著名的争执－－柯克称，“即使国王是明智的，但法律不是自然的理性，而是人为的理性，需要人为的教育。”在西方，法律独立有悠久而坚实的传统，这与中国的传统差别很大，我觉得科举制窒息了知识划分的想象力（大学、百科知识就是分类符号），科举考试导致中国男女只知道一种带有强烈人文色彩的、有诗化语言的、八股文式的唯一的知识，所以，东西方两套知识系流很难互相沟通和理解；直到今天，法律职业是否要求知识专门化这个问题，在中国还要被讨论。苏力在《法学杂志》上发表的《基层法官的素质问题》一文观点和我的不一样。他认为，至少在基层法院，大学教育是不必需的；目前基层法官素质还可以，证据是上诉率的升降变化：他依据《中国法律年鉴》中的数据、图表，发现近十年来上诉率已大大下降，从而得出了这一结论。我觉得这篇文章有些情绪化，苏力老师对法律职业共同体有着清醒的认识，能看到“大词”之下的缺陷，即对中国现状的忽略，但我觉得他的论证有问题：上诉率这个指标本身并不足以说明中国基层法院法官素质不错，因为上诉率上升的原因，还有可能是人民对高一层的法院抱有希望和信心；同样，上诉率下降可能反映了人民对高一层法院审判的绝望。

思考法律的专门性，就是思考：法律家与经济学家、行政官员相比，其决策有什么特点。我的思考是这样的：第一，公正是法律最重要的追求目标，而经济追求的是效率。第二，要在复杂的层面上考虑正义的含义。追求正义的过程包括了太多的利益冲突，比如，许多案子无法得出非黑即白的结论。法律教育，以及社会教育的缺陷就在于：认为认识的目的是发现真理，而且只要以唯物辩论主义的方法论为指导，就能发现真理。可是，法律面临的许多问题是无法论是非的，比如关于堕胎，妇女有对自己身体的自由权利，而堕胎实际上又是另一种形式的杀人，尤其是中国执行计划生育政策中的集体堕胎现象。两派观点的维护者都无法找到压倒另一派的理由。可见，追求正义的过程是艰难的过程，人们无法获得真理。第三，决策是公开的过程，公开才能保证司法过程的透明、公正，民众参与监督，司法判决的正当性才可能得到保证。第四，关于事实问题与法律问题的划分。这种划分的好处在于，把通过论据来证实的问题与通过解释来发展的问题剥离开来，引起上下级法院权责的划分；陪审团与法官判断问题范围的制度性的区分，也进一步强化了法律与事实相区分的合理性。法律家总是警惕、重视语言问题，在香港与大陆法律界就法律解释的争论中，不难发现；大陆或代表官方的法律学者总爱用“这样解释不符合立法原意”这一理由。立法原意又是什么？我想，能否找到立法原意要受若干因素的影响。立法原意体现了议会在制定相关法律时的这种集体行为；法律本身可能就是妥协的产物；“立法原意”是李鹏委员长、姜春云还是王利明教授的“原意”？即便能找到它，可能当时立法的出发点与现在的社会需求差别已经很大了。我们必须不管立法原意，法律解释的主要依据应从立法转向司法途径。但是，法官解释时要如何尊重立法机关，如何防止司法权演变为一种侵犯立法权的权力？我觉得这些都是尖锐的现实问题，法律语言本身存在相当大的模糊性，解释判例法或成文法，都存在一个可以各说各话，见仁见智的空间。比如《宪法》规定的“劳动是公民的权利和义务”，假设吴志攀老师让我下岗，我能否说这侵犯了我的劳动权利，或让我违反了我为北京大学劳动的义务？还有，

“人大常委会应有适当比例的少数民族代表”，我不明白什么是“适当比例”，这个比例是按占有土地面积多少，还是按人口比例来确定，还是按《公司法》的比例，即４９％比５１％，由汉族来“控股”？我还不明白，什么是“少数民族”？如果凯其亚诺要求加入中国籍，并且带领中国足球队冲出亚洲，在２００２年利用时差优势，捧回大力神杯，那么，我们一激动，让他进入人大常委会，那么，他算汉族还是少数民族？现代解释学的发展已经明确告诉我们，无法找到一种精确地表达事物的东西；明确是相对的，模糊是绝对的，这要求法律解释的重点由立法转向司法。法官无时无刻不受到法律职业共同体的制约，在一定程度上保证了司法决策的连续性，稳定性和可预期性。当然，这个的前提是：并非法官一个说了算，只有在多方研究之下和在特定的环境中，才能对问题达成某些一致。这是法律家的决策可以依赖的一个重要原因。第五，重视程序。

因为上述解说，我认为法律家群体对社会事物的管理，由于既可以保证法律的可预期性，同时又可通过法律解释，使法律适应社会的变化。这一变化的过程是潜移默化的。我初浅的阅读经验告诉我，英国社会的资本主义化确实与法律家群体在此之前就开始用资本主义的规范去解释传统的普通法这种“旧瓶装新酒”的做法有密切关系，也就是说，英国社会现代化始于法律现代化。法律解释的过程蕴含了法律发展的内在机理，同时保证了法律的连续性、稳定性和可预期性。法律家群体在追求利益的同时，发展出一套行业伦理准则；由于法律职业共同体构筑良好，所以这套准则有很强的约束力。

在我看来，司法腐败的根源，首先是制度的缺陷：法院人事权和财权不独立，为地方干预提供了可能。其次是选任司法人员的标准混乱。我最看重的就是选任标准。目前，中国法律职业共同体是四分五裂的，法官来源主要包括复转军人，调干和大学生。不是说复转军人不好，问题在于什么是优秀法官的标准，长期的军旅生涯，使得服从成为他们行为的基本模式，这个“第二天性”能让他们在法院中升迁很快，比如报道《周口中院，复转军人挑大梁》揭示，该院中层以上的干部中，９５％是复转军人，院长当年是军长，法院被建构成一个军事单位；来源不同的三部分法官没有共同的伦理准则。我国要求法官“不收受贿赂”，可收受贿赂的行为足以构成犯罪，它不是伦理问题；伦理指一些涉及非犯罪但与该职业要求不符的行为。江泽民主席对解决台湾问题有八点意见，即“江八点”，我想，我对防治司法腐败的八点主张也可暂称为“贺八点”。比如应避免偏见影响司法的过程和结果；严守中立；反对司法拖延；有推进法律学术发展、提高法律教育质量的责任，等等。最能发挥约束力的规则往往是行业内部的规则。最近，ＢＢＳ上正在讨论复旦大学哲学系教授张汝伦剽窃他人学术成果这一事件。剽窃这等鸡鸣狗盗之事是学者最大的耻辱；如果剽窃属实，而张汝伦仍能留在复旦这所伟大的学校，那么，我只能说这是中国高等教育职业建构的失败和落后。张汝伦事件让我想起西方学界著名的“亚伯拉罕事件”。斯坦福大学欲聘亚伯拉罕为终身教授，后来有人揭露，他在注释时有时把二手资料写为一手资料。加州大学一位著名的德国历史学大师著文评说，称“这不仅是知识问题，更是道德问题；这是史德不够的表现”；亚伯拉罕辩解道，他承认因自己德语水平不高导致注释出错，但他的立论是有学术价值的。后来，终因其他学者认为亚伯拉罕不具备成为一名大历史学家的资格，斯坦福大学没有聘任他，亚伯拉罕只好以４０岁的“高龄”改行学法律去了。学界也有职业伦理，其执行生效不是外界机构的判决结果，而是同事的监督；来自同事的否定评价才是毁灭性的。中国法律职业界中最严重的问题，就是构筑不合理而导致司法伦理的失范；同事间不能达成一致，当然无法执行伦理规则。

总之，中国法律职业共同体的建设已开始起步。在上世纪二、三十年代，它曾一度繁荣，

但与现在一样，由于过热、过于膨胀，不免有粗制滥造的现象。可是，现在是个好时期，我们正努力着试图向朝这样一个方向－－建构一个结构良好的、具有一定水准的法律职业共同体；并由它来把越来越多具有可司法性的事务纳入法律的管理之下，逐渐实现真正的以法治国。以法治国的含义，在我看来，就是法律家治国，他们能在治理社会过程中起到更大的作用，发挥更多的优势，他们能给我们带来真正的法律的可预期性、统一性和稳定性，以及社会道德不致于大幅度滑坡的前景。

好吧，我们留出更多的时间来讨论，好不好？

问者：请问您对清华法学院解聘郭懿美教授有何看法？

贺：对此，我只看过网上的议论。听说学生有些议论，说她上课太女性主义法学化，是吗？

问者：是因为有些学生认为她对英美法系比较熟悉，但不了解大陆法系。

贺：这是学生的观点吗？喔，那么，我认为这不是缺点。美国法学教授都不了解大陆法，那么，是不是都应解聘他们？

问者：但这里是大陆法国家呀！

贺：不不，我觉得这个理由不成立。实际上我国是混合法国家，包括了传统的大陆法、英美法、社会主义法和封建法的影响。英美法如今越来越多地进入我们的知识传统，并开始有机化；光懂得英美法就是最大的优势。如果她特别优秀，我们要赶快把她挖过来，北大法学院正缺英美法专家。清华聘请教师一向注重教学效果，我认为就它目前的解聘机制，郭教授不会被毫无道理的解聘，而且我与决策的几位“人物”比较熟，他们都是谨慎的人。具体到郭教授，我不愿发表什么看法，因为对这方面很难评价。

问者：一般讲人治对应法治，还是法治对应德治？能谈谈您的观点吗？

贺：我发现大家真是殊途同归。我自己在人治与法治之间加了“运动治”，关于此观点的文章，曾发表在《法制日报》上，人治其实是一种奇妙的理想，在这个意义上，它与德治一样，都不重视规则，都认为每件事都不一样，因而它们应该被孤立地处理。运动治则是另一种情况。在那样的环境里，你会发现规则的边界极其模糊，统治者往往完全无视人的生命价值和尊严。为追求更高的无产阶级专政价值，人道主义的基本价值体系被冲垮，罪与非罪，合法还是非法之间的界限不再存在。学生在报纸上练毛笔字，无意间写到领袖头像上，便被打或现行反革命；当年许多人就这样被杀了头。古代尚讲“缘心定罪”，当时却完全不顾及行为人是否有犯罪意图。而且，运动治诉诸于道德的谴责力最强，它把少数人称为“道德上不可救药之人”，德治虽然也诉诸道德教化，也可能走到把少数不听教化的人不当作人而随意凌辱的地步，但不会如当时中国一样，把整个社会媒体发动起来，进行这种谴责，甚至从肉体上加以消灭。我感到恐惧，因为这个国家的全部媒体真的可以象这样被发动起来，对司法独立产生很大影响。我认为，德治与人治应被放到适当位置上，至少在认识上不能混同于运动治。

问者：贺老师，我认为“法律人”这个概念要比“法律家”更好；因为法律家让人感觉很“高”，您认为呢？

贺：这完全是个约定俗成的问题。比如我们说“作家”而不说“作人”；说“诗人”而不说“诗家”。有些地方作协中的“作家”真是提不起来的，但人家确实是作家，我想大家也不会觉得他们太“高”。在座的各位，在我眼里都是法律家。当然，叫法律人也可以。

问者：您能讲讲法律家的定义和范畴吗？

贺：法律家是指受过法律训练并以法律为职业的人。从这个意义上讲，也可以说法律人更准确。它包括律师、法官、检察官、法学者、公证人等。

问者：您怎么看待现场直播庭审过程的现象？司法公开与司法独立是什么关系？

贺：对司法公开、司法独立、司法神秘这几个概念应作一点阐释。司法公开指司法决策应在公开的法庭上进行，证据公开呈现并经法庭辩论，包括证人出庭也是一个有机部分；更重要的是审判合一，以免审者不判，判者不审。还有卷宗制度也要改革，因为目前当事人不能看到副卷，不可能知道审委会决策的过程和依据。公开并不必然体现为电视直播。美国有些法庭允许这样做的前提，是法庭与当事人都同意直播，但联邦法院一直不允许直播，甚至不允许拍照、录音。不过，法庭上设有画师，报纸报道可以使用这些画片。镁光灯干扰司法，镜头在一定程度上能控制法官，因为人在镜头前会不由自主地“做秀”，所以，在现场直播的情况下，法官无法真正地静心裁判。不过，我倒特别赞同媒体应当监督司法权力行使的过程，但这一过程要有一些明确的界限划分。

问者：我觉得新的人员进入法院后，其实又被同化了，如果按您的说法，只从法律职业共同体中选任司法人员或其他人员进行“法治”，那是不是就看不到新的东西了？

贺：不是，不是的，外部的东西总有一种被同化的担心，但同化总是双向的，这就象我们学习西方法律一样，进来的东西在被我们改变的过程中，它们多少也改变了我们。法院并不是一个可怕的大染缸，是否腐败是一个定义标准的问题。如果说，收受贿赂才是腐败，那么中国司法腐败并不严重；如果把与当事人吃饭、唱卡拉ＯＫ的行为也算作腐败，那司法腐败是相当严重的。但我觉得还是好的占多数吧。

问者：我觉得与当事人吃饭也是腐败呀。法官没有理由在案前案后这样做，即使他们的目的不是收受贿赂，可还是会影响判决的。

贺：我觉得“法律”作为一种职业，其主要特色之一是它重视技术的改进以及点滴改进累积的制度效果。我不寄希望于废除所有弊端，但对改进现状抱有信心。最可怕的是现实中的问题让民众难以容忍，最后不得不选择一条剧烈革命的道路，这条道路从来对法律制度的改进没有好的影响。对现在法律职业共同体存在的问题，我觉得应有“风物长宜放眼量”的精神，我相信现状是能一点一滴地改变的。现在，我所开的课上有很多律师，他们真的很优秀，可以说，越来越多有知识的人进入了法院，这有助于共同体意识的形成。

问者：我国在法治的基本框架上都没有给人治一个最基本的限制，比如说《法官法》的

规定，你认为呢？

贺：是，是。我一直寄希望于中国也有里程碑式的案件，让人感觉到法律家在其中做了很好的操作。比如说，陈希同案件如果能以非常法律化的方式解决，能使陈希同的辩护权得到完整的保障。其实象这样有着广泛影响的案件，是一种制度变革的契机，可惜我们错过了，真是令人遗憾，令人心痛。

问者：法院中的复转军人是您讲的"法律人"吗？

贺：他们进入法院后，只要经过法院夜大、函授、专升本的教育训练，基本上也算是了吧。这个法律人的范畴可能宽泛一些，但这是我国的阵痛，不可能一下子就解决的。《检察官法》、《法官法》规定一个人担任法官、检察官的前提条件是"受过大学教育"而非"法律的大学教育"，如果不是学法律出身的，要有两年以上的法律工作经历。但人大常委会还是违反了自己制订的法律，现任检察长就不符合《检察法》对检察官的要求。如果法律机构公然违反专门为它们订立的法律，那么，这个国家的公民有什么义务去遵守法律？我觉得这个任命是一个恶例。

问者：您认为律师的伦理与法官的伦理是什么关系？还有，如果法治是法律家之治，那么法官职业伦理的独特化是否会影响社会伦理道德的多元化？

贺：法律家的伦理是会分化的，比如律师就要为客户保密；这是一个特色规范。就是说律师要保护犯罪嫌疑人的权利，甚至不能揭发客户的犯罪行为。尽管这样做在个案上似乎没有实现公正，但从长远看却有助于巩固公众与律师之间的信任关系。它们也有共同之处，只是我对这个问题没有做过专门研究。对于第二个问题，我觉得，法官职业伦理的独特化同时意味着社会道德伦理准则的某种多元化。因为只有各个行业都追求自己的独特性，社会伦理才会多元化，而不是相反。

问者：法律职业共同体的成员有不同的职业背景，属于不同的利益集团，这是否会影响共同的职业伦理准则的形成？对最高检察院与最高法院司法解释之间的某些分歧如何理解？

贺：检察院之所以竭力维护它们的独立性，是因为检察制源自苏联，是所谓的社会主义司法制度的特色。任何人都有维系自己所在群体的高地位并扩张自己利益的本能，但我国司法财政制度的缺陷也加剧了这个问题的严重性。我认为西方司法发达国家的制度是值得学习的。美国一向重视提高法律职业者的同质性。他们从律师中选任法官、检察官，不仅三者的教育背景一致，而且对彼此业务都很熟悉，认同感很强。日本走的是另一条路，在法律教育过程中有个司法研修阶段，将来的法官、检察官和律师要在同一个地方学习两年，了解彼此的业务和规则；这是一个很好的融合过程。我觉得，如果法律职业共同体构建不好或共同意识无法形成，伤害最大的是法律职业的统一性。规范的同一性需要背景的同一性。在市场经济条件下，交易的安全不可能依赖对对方的了解和信任，而只能依赖法律的可预期性、明确性和统一性。

问者：外国的国家领导人多是学法律出身，你觉得肖扬等进入政府高层，能否有助于中国法治化的进程？

贺：目前的治国方式需要扭转，比如把传统的政治变为（讲）程序政治，但这种改变需要通过人的方式一点一滴地渗透而进行。在中国，判断一个人地位高低的标准是党内排名，所以，肖韩两人其实是远离权利核心的，并未进入政府高层。倒是不要忽视让更多的律师成为人大代表，以免人大制订出一些让人啼笑皆非的法律来。

问者：英美等国有判例汇编制度，这样，法官对具体案件的处理以及司法一致性便有了依托；而这是概括、抽象的法典无法达到的效果，那么，在法典化的大陆法国家，法律是如何实现统一的？

贺：的确，我们的传统中缺少这种依托；有时我会想，法典化国家不可能实现司法统一。这个观点是否极端？不同法律职业的人从不同角度研究判例，确定出相似点，从而决定可否适用；同时，法律教育中的判例汇编有助于认知具体个案中法律是如何适用的。表面上看，判例法下，法官的自由裁量权很大，其实，判例法是最细致入微地约束人的制度。法典化国家呢？要是执业者有同样的教育背景、同样的理念、同样的语言规则，他们的理解可能会本能地趋向一致；也许，法典化国只能更多地以此为依托来实现知识、法律的统一，而无法凭借具体的司法决策过程（即判例）来解决。“中国不能采取判例法”在中国是普遍观点，为什么？许多结论似乎是不容质疑的，这合理吗？比如，“中国不能废除死刑”的观点从不给出令人信服的论证，没有调查，只凭感觉。还有一个问题，法律职业共同体是否能真正朝向一个方向，我觉得是当然的；因为法治与每个成员的利益密切相关，法治不成，对谁都没有好处。我们要考虑司法产品的质量；如果不好，人们可以不买，这个约束因素也要建立在合理的制度构建上。北大要成为一流大学，就要有一流的学生和教授，否则对谁都没有好处，但是我们还是无法控制办学办班的泛滥，其结果可能会倒了北大的“招牌”。如何使我们的事业更长久？我国没有诸如授勋制之类的激励机制去鼓励热情持续下去。

问者：《立法法》能实现法治吗？

贺：不能，虽然它很重要，但听研究过的人说，它没有解决任何问题，比如：第一，如何改善立法产品的质量。第二，如何落实新立法。第三，立法监督。中国法律常常妥协到让谁都觉得无意义的地步。就像《法官法》，先是规定“国家对法官实行优厚待遇”，后来成了“法官的工资高于公务员”，再后来改成“不低于公务员”最后干脆取消了这个规定，搞了一个最不符合法官职业特征的“四等十二级制”。立法的作用让人怀疑。

问者：审判四人帮是有违法治原则的，但他们又是应受惩罚的，那么，能在法律之外找到其他规则而又不违反法治吗？

贺：审判四人帮是政治行为，不是法律行为，个案有时不能代表一切。因为当时我们不能追究毛主席，他是伟大领袖；包括纽伦堡审判也存在这个问题。准则该有例外吗？例外按什么规则处罚？是自然法，还是象帕尔默案件一样，依据普通法谚语“任何人不得从自己的恶行中获益”来判决？人们在特定时代及语境下能否达成一致，认为某人行为应受惩罚，而且进行惩罚不是对法治的破坏，反而符合人的价值和尊严？会找到这样的法律之外的准则吗？对比，法理学上曾有论争：德沃金、哈特、庞德就一度研究过帕尔默案，希望能找到一种不违反法治而又灵活的方法。

时间差不多了，我们只能讨论到这儿了。谢谢大家！

http://211.100.18.62/research/lawchair/details.asp?lid=211

上传时间： 2001/9/18 文章来源：北大法律信息网

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

法治之路上的四个“拦路虎”

其实，过去的百年对于中国的法制建设事业真正是一个十分重要的时间单位。尤其是在最后的二十年中我们看到了社会结构的变化对法治的需求，看到经济模式从计划到市场的转变所带来的法治经济的必然性，看到了政治统治越来越走向合理的官僚制之后与法治中间的唇齿相依的关系。最重要的是，百年来社会演变的经验教训让国人越来越清楚地意识到，法治乃是这个古老国度走向自由、和谐以及繁荣富强的不二法门。当然，在未来的相当长时间里，法治建设仍然要面临相当大的障碍。我们不妨将这些障碍视为武松过景阳岗时必须面对的几只拦路虎。

第一只虎是我们悠久的中央动员型治理传统。依法治国说到底乃是法律作为一种专业化的知识对社会关系的调整，它的一个重要内容便是法律和司法的独立性。然而，在根深蒂固的中央动员型治理传统下，不同行业之间的界限经常被忽视，不存在真正的职能分工。时至今日，在许多人的意识中，司法机关仍然不过是完成所谓“中心工作”的工具，它没有自己的逻辑。例如，司法权的消极、中立就不大可能在这种动员型治理中获得生存空间。

第二只“拦路虎”是具有法律效力的规则的多极化，社会中实际上起到法律作用的规则不只是国家立法机关制定的法律，法院以及检察院在实际的司法过程中也不能只服从法律。本来，在一个讲求法治的国家，社会中各种团体行业固然可以有自己的规则，不过因为法的至高无上和普遍适用的特征，司法过程中终极的准则只能是宪法和法律，也就是说只能是单极化的。与单极化相对立的是多极化，即法外有法，法上有法，许多法律之外的规范也具有与法律同样的作用。在司法机关这方面，我们又强调法院和检察院工作既要讲法律效果，又要讲社会效果，从而助长了司法过程所适用规范的多极化和混乱。

第三只“拦路虎”是司法机关在整个国家的权力结构中仍处在相当边缘化的地位。当年，法国思想家托克维尔在观察美国社会时，曾指出在美国，几乎所有的政治问题都要变成司法问题。这意味着司法权的影响力不仅及于狭义的法律领域，而且是整个政治权力格局中的重要力量。然而，在我们的权力格局中，法院以及检察院至今仍在夹缝中求生存：司法机关在俗称“人财物”等最重要的生存环节上依赖于同级党政权力；某些地方的人大可以无视立法与司法的界限，进行所谓的“个案监督”。某些机关为改变这种地位，想方设法，一方面向权力部门示好，另一方面，在社会中更多地以威武示人。但事与愿违，示好的结果愈发强化了司法机关的从属地位，而黩武则使得司法尊严进一步丧失。

第四只“拦路虎”是我们对于与法治相关的知识的极度匮乏，这与人们巨大的改革热情形成了剧烈的反差。培根有言，“知识就是权力”。我们也可以说，权力背后有知识。我国宪法规定法院和检察院依法行使审判权和检察权，不受行政机关等的干预。这种司法权与行政权相分离的背后是有着丰富的知识背景的。由于我们的古典社会并没有形成分权式政府，因而传统的政治学说中没有提供今天我们可资借鉴的背景知识。近年来，许多涉及法制建设的改革措施经常相互矛盾，凿枘不投，其中大多跟我们的知识积累不足有关。

可见，在新世纪中我们的法治要取得长足发展，就不能无视这四只“拦路虎”的存在，要打之而后快。

上传时间： 2001/9/19 文章来源：法制日报 2000 年 12 月 26 日

访谈：关于法官等级制

by 贺卫方/钟越

《视点》杂志记者 钟越 访贺卫方教授

法官：一种特殊的职业

问：贺先生，最近，全国法院系统正在实施法官等级制。按照法官法的规定，从最高的首席大法官到最基层的法官，共分十二个等级。对于中国的老百姓来说，大法官、首席大法官这类称谓多少有些陌生。法官等级制的推行应当不仅仅是个称谓的改变，作为从事司法制度研究的专家，在您看来，这种制度的推行究竟意味着什么呢？

贺卫方：法官的称谓是一个饶有兴味的问题。在我国，清朝以及清朝之前并没有专门的司法职业。清末民初开设设立专门的法院，于是需要有区别于行政官员的专业化的司法阶层。这个专业化的司法阶层用什么称谓呢？当时就用了“推事”这个官名。实际上，这是个从宋朝继承过来的名号。49 年以后，平民主义潮流盛行，像“推事”这样的老名称和“法官”这样的有“脱离群众”之嫌的名称都不吃香了，便改称“人民审判员”。这跟军官不叫军官，叫“指挥员”是一个道理。

问：把官也叫什么“员”，倒让我想到“社员”、“勤务员”等等，听起来的确是很平民化。

贺卫方：不过，在中国历史上，员跟官的含义相似，官场里有所谓正员，正员之外的官称“员外”或“员外郎”。我们的人民审判员制度实行了四十多年，到 1995 年法官法实施，算是官方正式承认法官这个称谓。我想，称谓的这种改变，标志着我们对司法官员的职业性质有了更深入的认识。法官是一个特殊的群体，在职称序列上应不同于行政人员，同时，在管理制度的其他方面也不应该混同于其他公务员。我觉得，目前法院系统所推行的这种法官等级制，似乎是朝向这方面努力的一个重要步骤。

问：那么，我们正在推行的法官等级制度，是否也曾考虑过与国际接轨的问题呢？我的意思是，这种法官等级制度是不是跟西方发达国家有类似之处？

贺卫方：说起与国际接轨，实际上并不存在一个铁板一块的国际。就是西方国家，由于历史文化传统的差异，在司法制度以及法官管理制度方面也都有种种不同。我们搞法学研究的，通常把西方法律分作两大块，一是大陆法系国家，例如法国、德国、意大利以及在地理上属东方但在政治上属西方的日本等等，另一块是英美法系国家，主要是英国、美国以及其他一些英语国家和地区（包括香港）。在法官管理制度方面，二者之间存在着很大的区别。例如在大陆法系国家，法官与公务员的区别并不大。通常在大学法律系毕业后，一个要做法官的人要通过专门的司法考试和专门的大学后培训。然后到某个基层法院开设他的司法职业生涯。干得好的，加上自己愿意，可能升迁到更高级别的法院。可以看出，这是个官僚制色彩很浓的管理制度。

英美法系国家的情况与大陆法系很不一样。这里的法官选任可以说是一种精英制，即只在执业最成功的律师和检察官中选任法官。这样，法官就不是一种人的职业生涯开始时就从事的行业，或者可以这么说，与其说法官是与律师及检察官不同的行业，不如说它是律师及检察官生涯的顶峰。一个人，做律师，做检察官，最成功的标志是什么？其中之一就是被选任为法官。不要小看这种选任方式的效果，实际上，它有效地保证了法官成为法律职业者中最优秀的一部分。在英美法系国家，法官享有极高的尊荣，享有极大的权力，同时又保持了高度的廉洁，所有这些，都是与这种独特的选任方式密切关联的。例如，我们说美国是一个法治国家，宪法具有至高无上的地位，什么人有对宪法条文含义的终极解释权呢，不是享有立法权的国会议员，更不是作为政府首脑的总统，而是联邦法院的法官们。前一段时间，有一本很受欢迎的书，林达的《总统是靠不住的》，历数美国人对总统所设置的种种法律限制，给读者留下了深刻印象。然而，这里边有个很奇特的问题，总统是选民投票选举产生的，又有严格的任期限制，为什么还要对他一百个不放心？另一方面，联邦法院的法官是由总统任命的，选民无从参与法官的选任过程，同时法官又是终身任职，只要不犯法，就可以“死而后已”，像著名的霍姆斯大法官那样，干到九十多岁，选民不可能说我们不欢迎这个法官，把他选下来。总统是靠不住的，为什么法官靠得住呢？

法官的等级化并不等于军队式的服从

问：贺先生，我看，您提出的这个法官为什么靠得住的问题是一个值得深入研究的大课题，我们是不是暂且按下不表，回到我们现行的法官等级制度上来。看起来，西方发达国家在法官管理制度方面已经有非常成熟的体制了，但是，我们的法官等级制度还处在初始时期，

在您看来，这种制度是不是有些中国特色，可能存在哪些问题？

贺卫方：我觉得这种制度的设计是为了体现法官职业的特殊性。中国的情况跟大陆法系国家的情况不一样，跟英美法系的差别就更大了，但是，我们还是要看到，司法制度的某些安排是有共同性的，将法官同公务员加以区分是有其合理性的。我认为，目前推行的这一套法官等级制度所追求的目标正是如此，这样的努力是值得肯定的。

当然，目前的制度也不是没有问题。在我看来，主要的缺陷有两个方面，一是等级的划分是不是过于细致或繁琐了些。法官的级别有十二级之多，这样的划分可能造成法官对级别问题的过于敏感，产生严重的级别意识。应当看到，与行政机构或者军队的情况不一样，法官是一种反等级的职业。在行政机关或军队里边，下级服从上级是一个基本的要求，所谓"服从是军人的天职"，但是，对于司法职业而言，法官最重要的品格是独立。司法独立不仅仅意味着法院系统对于外部干预的独立，而且也意味着上下级法院之间的独立，意味着法官个人的独立。法官只服从自己对于法律的理解，服从自己的正义准则。如果我们在相关制度的安排方面过分地强化人们的级别意识，导致法官过于关注上级法院或本院"领导"的好恶，就很可能破坏司法独立。刚才我们谈起西方的一些做法，再举个美国的例子，在薪金方面，美国联邦法院法官的薪金差别是很小的。联邦最高法院首席大法官的年薪是十七万多美元，地区法院法官的年薪是十四万多美元，一年的薪水只有三万美元的差距，应该说是很小的差别。这样的安排有助于基层法院吸引优秀人才。你知道，就司法制度而言，基层法院法官的高素质是非常重要的。虽然在司法政策导向方面高层法院以及最高法院的作用至关重要，但是，基层法院法官的工作以及这种工作的质量对于涉及公民基本权利的许多事务来说，重要性真正是不可小视的。

此外，如果我们不采取有效的措施鼓励优秀人才到基层法院担任法官，还可能产生增大国家在司法方面的开支的效果。为什么呢？你想，如果大家都知道，在法院系统里，级别越高的法院，法官的素质就越高，那么，当事人就很可能表现出对基层法院法官的不信任，许多本来可以不提起上诉的案件也上诉，负责审理上诉的高等级法院就要面临更大的讼累，这样也就加重了纳税人的负担。

问：据我所知，我国法官过去的级别是套用了行政级别，比方说，各级法院的院长在行政级别上相当于同级政府的副职级别。最高法院院长相当于副总理级，省高级法院院长相当于副省级，如此等等。法院内部，有局级审判员，处级审判员，等等。目前推行的新的法官等级制度能否克服这种问题呢？

贺卫方：这正是我要谈及的新的法官等级制度的第二个缺陷，那就是，它并没有从根本上解决我们现行法官管理制度中的官僚化问题，甚至可以说，它基本上没有解决这一问题。

过去相当长的时间里，我们这个社会的各个行业都被行政级别所束缚，或者说，行政级别成了衡量人们社会地位甚至专业地位的唯一尺度。你听说过某个著名寺庙的住持是"厅局级和尚"的说法么？各个大学的校长都是厅局级，医院也有局级、处级和科级的区分。级别这东西太重要了，它涉及到一个人各方面的待遇，从看文件，坐车子，一直到死后报纸是否发消息，消息标题字号的大小，是刊登在报纸的头版还是四版。之所以整个社会、各个行业都弥漫在行政级别之中，根本的原因是我们这个社会长期以来在分工方面极其欠发达，科举考试是孳生官本位的温床，除了做官以外，其他任何行业都很难获得为整个社会所尊崇的荣

耀。我们的古典社会基本上不存在具有超越技能层面的知识基础的职业，而具有这种知识以为基础正是英文 profession 一词的题中应有之义。

法律职业正是一种 profession，法官管理制度也必须与这种知识的职业的性质相适应。可惜的是，据我最近了解到的一些情况，现行的法官等级制度在实际的操作中仍然是根据官职高低、工龄长短（或“参加革命”早晚）来确定一个法官的级别。这样的做法，跟从前的行政级别又有多少区别呢？

问：依您看，怎样才能与过去的做法真正地划清界限呢？

贺卫方：是否可以考虑，一旦成为法官，无论年资，都领取一笔固定的薪金。可以在高等级法院法官与低等级法院法官之间有所差别，也可以在法院院长与其他法官之间有所区别，但是，这种区别应当是不大的一个数目。当然，这样做的前提是，一、法官薪金普遍提高；二、法官与法院中其他辅助人员有明确的职业界限；三、提高法院的门槛，只选任最优秀的法律界人士担任法官。

http://chinalawinfo.com/xin/disxwpl.asp?code1=110&mark=622

http://chinalawinfo.com/xin/disxwpl.asp?code1=110&mark=624

上传时间： 2002/3/23 文章来源：北大法律信息网

访谈录：法官等级与司法公正

by 贺卫方

访北京大学司法研究中心贺卫方教授

《视点》杂志记者 钟越

法官：一种特殊的职业

问：贺先生，最近，全国法院系统正在实施法官等级制。按照法官法的规定，从最高的首席大法官到最基层的法官，共分十二个等级。对于中国的老百姓来说，大法官、首席大法官这类称谓多少有些陌生。法官等级制的推行应当不仅仅是个称谓的改变，作为从事司法制度研究的专家，在您看来，这种制度的推行究竟意味着什么呢？

贺卫方：法官的称谓是一个饶有兴味的问题。在我国，清朝以及清朝之前并没有专门的司法职业。清末民初开设设立专门的法院，于是需要有区别于行政官员的专业化的司法阶层。这个专业化的司法阶层用什么称谓呢？当时就用了“推事”这个官名。实际上，这是个从宋朝继承过来的名号。49 年以后，平民主义潮流盛行，像“推事”这样的老名称和“法官”这样的有“脱离群众”之嫌的名称都不吃香了，便改称“人民审判员”。这跟军官不叫军官，叫“指挥员”是一个道理。

问：把官也叫什么“员”，倒让我想到“社员”、“勤务员”等等，听起来的确是很平民化。

贺卫方：不过，在中国历史上，员跟官的含义相似，官场里有所谓正员官，正员之外的官称“员外”或“员外郎”。我们的人民审判员制度实行了四十多年，到 1995 年法官法实施，算是官方正式承认法官这个称谓。我想，称谓的这种改变，标志着我们对司法官员的职业性质有了更深入的认识。法官是一个特殊的群体，在职称序列上应不同于行政人员，同时，在管理制度的其他方面也不应该混同于其他公务员。我觉得，目前法院系统所推行的这种法官等级制，似乎是朝向这方面努力的一个重要步骤。

问：那么，我们正在推行的法官等级制度，是否也曾考虑过与国际接轨的问题呢？我的意思是，这种法官等级制度是不是跟西方发达国家有类似之处？

贺卫方：说起与国际接轨，实际上并不存在一个铁板一块的国际。就是西方国家，由于历史文化传统的差异，在司法制度以及法官管理制度方面也都有种种不同。我们搞法学研究的，通常把西方法律分作两大块，一是大陆法系国家，例如法国、德国、意大利以及在地理上属东方但在政治上属西方的日本等等，另一块是英美法系国家，主要是英国、美国以及其他一些英语国家和地区（包括香港）。在法官管理制度方面，二者之间存在着很大的区别。例如在大陆法系国家，法官与公务员的区别并不大。通常在大学法律系毕业后，一个要做法官的人要通过专门的司法考试和专门的大学后培训。然后到某个基层法院开设他的司法职业生涯。干得好的，加上自己愿意，可能升迁到更高级别的法院。可以看出，这是个官僚制色彩很浓的管理制度。

英美法系国家的情况与大陆法系很不一样。这里的法官选任可以说是一种精英制，即只在执业最成功的律师和检察官中选任法官。这样，法官就不是一种人的职业生涯开始时就从事的行业，或者可以这么说，与其说法官是与律师及检察官不同的行业，不如说它是律师及检察官生涯的顶峰。一个人，做律师，做检察官，最成功的标志是什么？其中之一就是被选任为法官。不要小看这种选任方式的效果，实际上，它有效地保证了法官成为法律职业者中最优秀的一部分。在英美法系国家，法官享有极高的尊荣，享有极大的权力，同时又保持了高度的廉洁，所有这些，都是与这种独特的选任方式密切关联的。例如，我们说美国是一个法治国家，宪法具有至高无上的地位，什么人有对宪法条文含义的终极解释权呢，不是享有立法权的国会议员，更不是作为政府首脑的总统，而是联邦法院的法官们。前一段时间，有一本很受欢迎的书，林达的《总统是靠不住的》，历数美国人对总统所设置的种种法律限制，给读者留下了深刻印象。然而，这里边有个很奇特的问题，总统是选民投票选举产生的，又有严格的任期限制，为什么还要对他一百个不放心？另一方面，联邦法院的法官是由总统任命的，选民无从参与法官的选任过程，同时法官又是终身任职，只要不犯法，就可以“死而

后已”，像著名的霍姆斯大法官那样，干到九十多岁，选民不可能说我们不欢迎这个法官，把他选下来。总统是靠不住的，为什么法官靠得住呢？

过分等级化及其问题

问：贺先生，我看，您提出的这个法官为什么靠得住的问题是一个值得深入研究的大课题，我们是不是暂且按下不表，回到我们现行的法官等级制度上来。看起来，西方发达国家在法官管理制度方面已经有非常成熟的体制了，但是，我们的法官等级制度还处在初始时期，在您看来，这种制度是不是有些中国特色，可能存在哪些问题？

贺卫方：我觉得这种制度的设计是为了体现法官职业的特殊性。中国的情况跟大陆法系国家的情况不一样，跟英美法系的差别就更大了，但是，我们还是要看到，司法制度的某些安排是有共同性的，将法官同公务员加以区分是有其合理性的。我认为，目前推行的这一套法官等级制度所追求的目标正是如此，这样的努力是值得肯定的。

当然，目前的制度也不是没有问题。在我看来，主要的缺陷有两个方面，一是等级的划分是不是过于细致或繁琐了些。法官的级别有十二级之多，这样的划分可能造成法官对级别问题的过于敏感，产生严重的级别意识。应当看到，与行政机构或者军队的情况不一样，法官是一种反等级的职业。在行政机关或军队里边，下级服从上级是一个基本的要求，所谓“服从是军人的天职”，但是，对于司法职业而言，法官最重要的品格是独立。司法独立不仅仅意味着法院系统对于外部干预的独立，而且也意味着上下级法院之间的独立，意味着法官个人的独立。法官只服从自己对于法律的理解，服从自己的正义准则。如果我们在相关制度的安排方面过分地强化人们的级别意识，导致法官过于关注上级法院或本院“领导”的好恶，就很可能破坏司法独立。刚才我们谈起西方的一些做法，再举个美国的例子，在薪金方面，美国联邦法院法官的薪金差别是很小的。联邦最高法院首席大法官的年薪是十七万多美元，地区法院法官的年薪是十四万多美元，一年的薪水只有三万美元的差距，应该说是很小的差别。这样的安排有助于基层法院吸引优秀人才。你知道，就司法制度而言，基层法院法官的高素质是非常重要的。虽然在司法政策导向方面高层法院以及最高法院的作用至关重要，但是，基层法院法官的工作以及这种工作的质量对于涉及公民基本权利的许多事务来说，重要性真正是不可小视的。

此外，如果我们不采取有效的措施鼓励优秀人才到基层法院担任法官，还可能产生增大国家在司法方面的开支的效果。为什么呢？你想，如果大家都知道，在法院系统里，级别越高的法院，法官的素质就越高，那么，当事人就很可能表现出对基层法院法官的不信任，许多本来可以不提起上诉的案件也上诉，负责审理上诉的高等级法院就要面临更大的讼累，这样也就加重了纳税人的负担。

问：据我所知，我国法官过去的级别是套用了行政级别，比方说，各级法院的院长在行政级别上相当于同级政府的副职级别。最高法院院长相当于副总理级，省高级法院院长相当于副省级，如此等等。法院内部，有局级审判员，处级审判员，等等。目前推行的新的法官等级制度能否克服这种问题呢？

贺卫方：这正是我要谈及的新的法官等级制度的第二个缺陷，那就是，它并没有从根本上解决我们现行法官管理制度中的官僚化问题，甚至可以说，它基本上没有解决这一问题。

过去相当长的时间里，我们这个社会的各个行业都被行政级别所束缚，或者说，行政级别成了衡量人们社会地位甚至专业地位的唯一尺度。你听说过某个著名寺庙的住持是“厅局级和尚”的说法么？各个大学的校长都是厅局级，医院也有局级、处级和科级的区分。级别这东西太重要了，它涉及到一个人各方面的待遇，从看文件，坐车子，一直到死后报纸是否发消息，消息标题字号的大小，是刊登在报纸的头版还是四版。之所以整个社会、各个行业都弥漫在行政级别之中，根本的原因是我们这个社会长期以来在分工方面极其欠发达，科举考试是孳生官本位的温床，除了做官以外，其他任何行业都很难获得为整个社会所尊崇的荣耀。我们的古典社会基本上不存在具有超越技能层面的知识基础的职业，而具有这种知识以为基础正是英文 profession 一词的题中应有之义。

法律职业正是一种 profession,法官管理制度也必须与这种知识的职业的性质相适应。可惜的是，据我最近了解到的一些情况，现行的法官等级制度在实际的操作中仍然是根据官职高低、工龄长短（或“参加革命”早晚）来确定一个法官的级别。这样的做法，跟从前的行政级别又有多少区别呢？

问：依您看，怎样才能与过去的做法真正地划清界限呢？

贺卫方：是否可以考虑，一旦成为法官，无论年资，都领取一笔固定的薪金。可以在高等级法院法官与低等级法院法官之间有所差别，也可以在法院院长与其他法官之间有所区别，但是，这种区别应当是不大的一个数目。当然，这样做的前提是，一、法官薪金普遍提高；二、法官与法院中其他辅助人员有明确的职业界限；三、提高法院的门槛，只选任最优秀的法律界人士担任法官。

等级制与抑制司法腐败

问：您谈到提高法官薪金问题，我想起我们刊物去年第八期曾刊登过一篇对您的访谈录，主题正是司法公正与司法腐败问题。随着依法治国观念日益深入人心，人们对司法腐败越来越敏感。我想，人们不断地寻求司法公正，可能是推进法制建设一步一步地走向完善的重要动力。眼下推行的这一套法官等级制度对于抑制司法腐败会有怎样的效果呢？

贺卫方：记得司法改革是那一期刊物的重点。现在各种传媒对司法制度的高度关注是一件好事，司法改革需要更多人的智慧的参与。当然，有时司法腐败的程度或许有所夸大，这是由于法院这种神圣的殿堂实在是与腐败水火不容。一个国家的司法如果腐败了，就意味着社会正义之堤冲垮了，决堤了，至少是出现了管涌——这是去年水灾时学到的一个新词。要抑制司法腐败，除了要强化外部监督之外，合理的法官等级制度也可能起到一定的作用。我们在前边谈到过，法官等级制度的设计初衷就是为了使法院的管理不同于行政机关的管理，其潜在的指向是更多的行业化管理，而试图改变目前法院受制于同级政府的状况。这样的制度安排将有助于减少由于同级政府的干预所导致的司法腐败现象。

不过，我想强调的一点是，法官等级制度在抑制腐败方面的作用是有限的，甚至可能出现后门关上了，前门又打开的局面——过分的唯上也一样能够带来腐败。近年来，我因为研究的需要，经常与各个层次的法官以及法院院长有交往。我发现，靠近了观察，许多法官，许多法院院长都是非常优秀的，他们表现出追求正义的满腔热情，至少他们对于整个社会流行着的对法院、法官的“洪洞城里没好人”的看法极其敏感，他们的自尊心也受到了伤害。毕竟，没有人愿意被别人在背后指指点点，虽然腐败有其吸引力，但是没有人愿意被目为腐败分子。谁不想做一个英雄，做一个让老百姓称赞为“现代包青天”的法官呢。因此，除了等级制之外，我们还应当思考，如何在相关的制度建设方面，形成一种让法官廉洁容易腐败难的制度环境。

原载《法学》1999 年第 10 期。

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《运送正义的方式》

访谈录：司法乃社会正义的最后防线

by 贺卫方

不可能想象一个通过行贿获得对自己有利判决的当事人会对他所在国家法律的公正性具有坚定的信念……

正义的最后一道防线

马蔚：以前常听到这种说法：一次庭审便是一堂生动的法制宣传课，这话很有道理。对于一般社会大众而言，他们对法律的感知往往受一些具体案件处理结果的影响，从而决定他们对法律是信任抑或不信任，是要遵从法律还是违背法律，由此可见司法的廉洁与否不单单是司法本身的事。

贺卫方：是的，在社会各个行业中，司法的职业行为至为特殊，它不仅仅是行使裁判权，解决社会中的各种纠纷，而且行使司法权过程本身，实际上是在向案件当事人宣示正义的准则。也许，我们可以不夸大地说，对于特定国家公民的正义观念的形成和形态而言，没有哪一个因素能够起到司法官员行为举止所具有的那样大的作用。西方的一些调查表明，那些没受过法律教育的公民对于法律制度的知识以及公正观念的养成，与法院处理案件的过程以及媒体对于法院活动的报道有密切的关联。

对于当事人而言，法院是否公正地处理与其利益息息相关的案件更直接影响到他们对于法律乃至国家制度本身的评价。我们不可能想象一个通过行贿获得对自己有利判决的当事人会对他所在国家法律的公正性具有坚定的信念，更不消说面对明显不公而又无可奈何的对方当事人了。从前的谚语“廷尉狱，平如砥；有钱生，无钱死”，或更为流行的“衙门口，八字开，有理无钱莫进来”，都再形象不过地表达了一般百姓对于古典司法制度的极度失望。在这样的司法制度下，追求正义和公平是无法成为主流社会风气的。正是在这个意义上，弗朗西斯·培根才会说：“一次不公的司法判决比多次不公的其他举动为祸尤烈。因为这些不公的举动不过弄脏了水流，而不公的判决则把水源败坏了。”

马蔚：腐败的根除要靠法律，而法律离不开司法界的具体操作，从这个意义上说，如果司法制度与腐败结缘……

贺卫方：司法乃是社会正义的最后一道防线。立法机关或许会制定不公正的法律，行政机关可能会滥用权力，然而，一个社会，如果拥有廉洁的和高素质的司法阶层，立法不公及行政权力滥用所带来的危害性都会得到相当的抑制和矫正。反之，在国家正式的司法体系里无从求助的当事人势必会寻求自救（self-help），即操法律于自己之手，法律与社会秩序的维系便成为一句空话。

在当今的我国，司法制度面临着特别重大的使命。历史经验一再表明，当一个社会处于转型期，各种不同的利益处在变动不居的状态之时，国家的立法往往无法及时地和具体地回应社会的变化。如果司法界能够很好地履行对于各种利益进行合理的再分配的职能，能够对于随时都有可能发生的不当行为所造成的损害提供及时的法律救济，便会有效地缓解社会矛盾，从而有助于社会平稳地转型。相反，腐败的司法却是火上浇油，利益再分配过程中出现的积怨，再加上诉诸司法而无从获得公正的救济所带来的绝望感，很容易把社会置于火山口上。

滥用的权力导致腐败

马蔚：我们的法院之所以叫人民法院，因为它们是为人民服务的。这样的司法权力也可能出现腐败的情况，其中原因是什么呢？

贺卫方：我们过去流行的政治哲学是国家的性质决定国家权力的性质，只要是人民主权国家，那么，立法、行政以及司法等权力的行使便取得了一种先天的合理性，仿佛无论怎样行使，它们一定是正当的。实际上，这是一种很成问题的假定。任何权力都是需要人去行使的。而人是有缺陷的。西方有个说法，“假如每个人都是天使，法律将毫无用处。”因此，任何权力都有可能由于执掌权柄者的滥用而走向腐败。

我们都知道，在一个法治国家中，司法权是一种何等重要的权力。尤其是从当事人的角度看，它关系到财产的归属、夫妻的分合、牢狱生活的长短，甚至人头是否落地，人们不可能不关注司法的结果，不可能不力图对法官施加影响，以求得司法权在行使过程中对自己有利。

马蔚：你该不是要为向法官行贿或法官接受贿赂的行为辩护吧？

贺卫方：当然不是。我是说，必须设计严密而合理的制度，使得我们的法官能够达到这样的境界，即他们不可能考虑接受贿赂，因为假如接受的话，他们的人格便会被严重扭曲，这种扭曲或分裂会使他们感到极度难堪和痛苦。与此同时，受贿或其他腐败行为极其容易败露，受贿者会为其行为付出比通过腐败所得利益更大的代价。那么，法官们肯定都会遵循伦理规则。

马蔚：是不是可以说，司法权的行使范围过于宽泛也是导致司法腐败的一个原因？

贺卫方：你提出这样的问题让我感到十分意外。因为在许多人—包括一些法治的辩护者—看来，依法治国便是强化法院的权力，扩大法院的管辖范围。实际上，这种看法值得重新检讨。

法院的权力固然应当强化，但是，一种权力之所以强大，恰恰是因为它是有限的。法院不可以主动要求当事人将纠纷提交到法院来。同时，法院不得超越对具体案件的审理而制定一般性的规则。另外，法院行使司法权的方式也应当与行政权的行使相区别。它应当具有更多的消极色彩，因为只有消极，才可能保持中立。近年来，不少法院以服务社会主义市场经济的名义，派出法官到企业，“上门揽案”，甚至与企业人员一道，南征北战，到处讨债。殊不知法院进入社会的过程，也正是社会进入法院的过程。

马蔚：根据我们了解的情况，近年来法院这样主动地介入到经济生活之中，往往跟司法权力与地方利益的密切关联有关。说到地方利益问题，我觉得，司法的地方保护主义似乎是一个相当难以克服的顽症。但是，克服此顽症的紧迫性却是显而易见的。相似的案件，只是因为受理案件的法院属于不同的地方，判决的结果便很不一样，老百姓肯定会问：我们的国家究竟还是不是一个统一的国家？

贺卫方：这样的质问当然是有道理的。地方保护主义的司法，往往因为法院考虑的是本地企业的利益，因此，在一些人看来，可能算不上是腐败。但这种组织化或体制化的腐败对于法制的破坏较之法官个人零星的腐败更严重。你说这是一种难以克服的顽症，但是，在我看来，似乎也不是那么难以克服。关键是，一些基本的原理被我们忽视了。

如果我们承认法院是国家的法院，那么所谓地方法院，只是国家设置在地方的法院而已。任何一级法院的财政都应当由中央财政划拨，而不像现行的做法，由地方人大确定，实际上由行政机关的地方财政部门控制。财政之外，人事方面，所有法官都应当由中央进行选任，地方人大和地方政府不得插手法官的任命事项。法庭建筑及相关设施也应当由国家提供充分的保障。这些基本的条件不具备，克服地方保护主义的口号喊得再响，最终仍然是空气振荡而已。改变现在的这种体制，需要的是决心和立法上真正有所作为。

建立完善制度走向清廉

马蔚：官员的腐败现象在许多国家都有曝光，但是司法界的情形却似乎与此不同，有的

国家，对司法界的清廉人们并不质疑，而有些国家却不然，人们说到司法界，便将其与腐败联系起来。这使我感到，必定有一些制度在其中起着决定性的作用。您长期从事于国内外司法制度的比较研究，您认为怎样才能保持一个国家司法界的清廉呢？

贺卫方：司法廉洁主要涉及这样几个方面的制度：

建立司法官员的伦理准则

1995 年生效的《中华人民共和国法官法》第 7 条规定的法官应当履行的义务以及第 30 条列举的法官须受到惩戒的各种行为，都与法官的职业伦理有直接的关联。

尽管如此，我国立法以及最高人民法院的相关规定仍然存在着很大缺陷，这种缺陷主要有二：

一是在不少情况下，把法官的犯罪行为（例如贪污受贿、隐瞒或伪造证据、泄露国家机密或审判机密等）只作为伦理规则调整的对象；二是对法官这种特殊职业所应当适用的伦理准则的特殊性注意不够，将某些其他公务员或一般公民都应当遵守的准则作为法官的行为规范。

完善内部监督处置机制

我们法院中已经有某种机构有权对法官实施纪律制裁，例如，隶属于党的系统的纪律检查委员会、政治部以及人事机构等。现在存在的问题，一方面是这类监督机制的运作是否真正有效；另一方面，它们的运作过程是否会妨害法官个人的独立。近年来司法伦理状况的恶化使我们有理由怀疑这类机制没有产生其预期效果。与此同时，也有一些法官抱怨在审理一些涉及权贵或地方利益的案件时，来自可以对法官行使处分权的机构或个人的压力（处分的威胁），迫使法官不得不作出违反公正准则或违反法律的判决。在这方面，德国法院内部设立的由法官本身组成的法官纪录法庭的实践或许值得我们借鉴。

保障合理的外部监督

外部监督对于维护司法的廉洁是特别重要的。

目前外部监督主要包括检察机关和各级人民代表大会、新闻媒体以及一般民众。

我认为，人民代表大会作为最高权力机关当然可以而且应当对司法活动进行监督，然而，这种监督以怎样的方式进行乃是一个需要认真考虑的问题。总的要求应当是，代表大会可以在开会期间通过审查法院的年度报告、质询法院院长以及审议法院预算，行使对法院以及法官的监督权，但不可以对法院正在审理（包括上诉审）的具体案件加以干预。否则，不仅法院的司法独立权会受到侵犯，而且人民代表大会也会发生职能上的暗转，由立法机关变成了司法机关。

另外还有：司法官员待遇及司法独立，诉讼程序公开，确保司法官员素质，这些都是目前必须关注的问题。

（贺卫方：北京大学法律学系副教授、司法研究中心副主任。有比较法学、法律史学著作和论文多种，近年来侧重研究中国司法改革的理论与实践。）

（摘自《世纪脉搏—中共的方略与中国的走向》，中国书籍出版社 1998 年 7 月版，定价：19.50 元。ISBN7－5068－0742－4）

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《运送正义的方式》

复转军人进法院

by 贺卫方

两年前，我应邀给某省法官培训班讲课，内容是中国与西方司法制度和司法观念的零星比较。讲课过程中，我表达了对我们国家在选任法官方面一种惯例的不理解：为什么长期以来总是理所当然地把每年从军队复员转业的许多人员安置到法院中？为什么不要求医院安置他们？

问题提得似乎有些突兀，也许听课的法官们压根儿就没有把它当成问题，也许在他们看来拿法院跟医院相类比本身便很不伦：这怎么能比呢！医生是人命关天的职业，没有受过专门的训练就给人把脉看病开处方，岂不是江湖骗子？更不消说拿着手术刀的外科医生，什么都不懂，乱割一气，真正是拿人命当儿戏！——我从听众的表情读出了这样的质疑。

于是，我开始论证法院和医院或法官跟医生之间的可比性。医生固然是人命关天，难道法官这种职业不是人命关天么？差异当然是有的，那就是医生是把将死的人往活里救，法官则经常是把个大活人往阎王那里送。但他们的职业都关乎人命却并无二致。我们古典社会便很注意防止处理案件的官员们“出入人罪”，什么是出入人罪？正是指操生杀予夺权柄的官员们把重罪轻判或轻罪重判，出生入死，上下其手。人头不比韭菜，割下可以重生，或《封神演义》里申公豹先生的那颗脑袋，砍掉还可以再安装；昏官或赃官错判死刑，冤死鬼一命呜呼之后，什么都完了。平反昭雪之类，不过是安慰安慰活人或后人而已。

法官要处理的事务不仅仅限于刑事方面，正如医生不是每人每天都在急救濒死的病人。巨额财产的归属，未成年人的监护，合同是否应当履行，文章是否构成了对被批评者的诽谤，夫妻还能不能继续住在一个屋檐下，祖传下来的房产能否保全而不被作为“钉子户”沦为推土机下的废墟……所有这些，虽然不直接关系人命，但是，它们对于相关当事人权利的重要性是不言而喻的。

哦……两种职业的差异还可以指出一点——不过，这一点强调的却是法官更重要的一点——那就是，医生的行为通常只涉及个别病人，他的失误只会给特定病人及其家庭带来损害，然而，法官的失误却会产生更广泛的社会影响。法院不只是纠纷的处理机关，也是宣示国家法律究竟由怎样的规则构成的机关，司法官员行为本身便是在表达着正义的风纪。司法机关的行为是否正当，直接关系到人们对他们所在国家的政治制度的评价，影响到一国社会风尚的趋向。正是由于这个缘故，培根才断言，一次不公正的司法行为比很多次其他不公正行为为患尤烈，因为后者污染的是水流，而前者败坏的却是水源。

说到这里，法官们似乎同意了法院与医院之间的可比性。但是，另一个问题并没有回答：是的，法院也很重要，甚至对社会有比医院更大的影响，不过，这并不等于说，法官的选任必须像医生那样，先要受过专门的教育。解放军是一所大学校，军人的经历本身就是一种有用的训练。你怎么能论证法官公正的司法行为一定要跟法律教育不可分离呢？君不见报纸上表彰的法官里许多都是复转军人出身的么？

这实在是击中要害的质问。可不是么，我前些年曾对法院系统的一家专业报纸所刊登表彰法官的文章作过一番统计。在迄止 1994 年 6 月底出版的共 114 期报纸中，刊有表扬法官的通讯、特写等共 72 篇，其中明确提到主人公是复转军人的共 18 篇，占 25％，表明主人公曾受过大学教育的只有 5 篇，占 6.1％。给我留下深刻印象的不仅是比例上的这种差异，用语上的区别更是泾渭分明。作者们明显地在向读者传达这样的信息：军人的经历乃是这些优秀法官们得以成功的基础，而那些受过大学教育的人们，他们的四年寒窗却连一个积极因素都算不上。

这是为什么？难道说实际情况就是如此，中国的司法职业就是离不开军人的气质和作风，现在的大学教育根本无从培育具有良好素质的司法职业群体，还是文章的作者（以及报纸的编者）受到长期流行的某种新闻话语结构的支配，并自觉或不自觉地不断再现和强化着某种固有的意识形态？果真是复转军人更胜任司法工作的话，为什么从八十年代初开始，最高人民法院江华、郑天翔等院长都曾奔走呼号，要求不能让法院再背这样的“包袱”；一次次的最高法院工作报告都不断地强调对在职法官进行学历教育的重要性？与其把不合格的人员放进来之后再费尽气力进行学历教育方面的补课，何如一开始就把门槛垫高，只接受那些受过大学法律教育的优秀毕业生做法官？

我坦率地告诉听课的法官们，对于这个问题，自己无法给出一个确定的判断，并试图让大家各自谈谈内心的想法。出乎我意料的是，听众陷入了令人难堪的沉默之中。我甚至从个别法官的眼神中觉察出一丝敌意。见势不妙，我赶快收住话头，告诉他们我非常赞成妥善地安置复转军人，这不仅是因为我自己就是一位复转军人的儿子和另一位现役军人的哥哥（搬出家底是为说明我决无恶意），更重要的是他们为保卫国家，将最美好的青春年华献给了军旅生活，国家和社会有义务在他们离开军营之后有一个好职业。但是，我还是明确地表达了我的倾向：复转军人不应当成为法官，除非他们从前受过系统的法律教育，并且符合法官任职的其他要求。

课程结束了，培训班负责人送我一份学员登记表。我发现，整个法官班学员中，复转军人出身的法官占了将近一半。

原载《南方周末》1998.1.2

附争鸣文章：复转军人缘何不能进法院

曹瑞林

编者按：贺卫方先生《复转军人进法院》一文在本版（1 月 2 日）发表之后，引起了一些不同的意见。人民解放军（包括各个历史时期的复转军人）在社会主义建设各个历史阶段都作出过重大贡献，本报刊发该文时确有考虑欠妥之处。本期转载曹瑞林先生的文章，并表达我们的歉意。

读了贺卫方的《复转军人进法院》，笔者如鲠在喉，实有不吐不快之感。因为“贺文”不仅对军人的转业安置政策不很了解，而且对军人的才能与素质存有一定的偏见。

“贺文”开宗明义说了一个他很不理解的现象：“为什么我们国家长期以来总是理所当然地把每年从军队复员转业的许多人员安置到法院中？为什么不要求医院安置他们？”

此话如果出自一个对新中国法制建设历史一无所知的人嘴里，我不感到蹊跷，而出自一位法学专家之口，我则大惑不解。新中国成立之初，党和政府宣布废除国民党《六法全书》，另行建立共产党领导的人民民主专政机关。那时大批解放军官兵打败了蒋家王朝之后，脱下军装迅速转到政权建设上来，营长、连长当县法院院长、庭长的比比皆是。“文革”十年，“公检法”被砸烂。“文革”结束后，根据邓小平同志的指示，以及党和政府的要求，大批转业干部被迅速充实到公检法机关，使这些政权部门很快得以恢复……在长达几十年的实践中，军队转业干部不仅为我国政法机关的建立、恢复和发展，立下了汗马功劳，而且已经成为国家政法战线中的一支重要骨干力量。在我国政法机关建设已经比较完备的时候，否定他们为此做出的历史贡献，甚至把他们说成是法院的“包袱”，令人心寒。

贺先生把“法院”与“医院”安置转业军人作比较，其实质是说转业军人的文化、业务素质不高，当然当不了医生（其实我军每年都有大批转业干部到地方医疗战线工作），所以，医院不好安置转业军人。而做法官仅靠军人的气质和作风也是不行的，他们同样也当不好法官，所以，法院队伍也不应吸收转业军人。然而，贺先生可能不了解，军队干部职业决定了他们不仅要具备国家干部的基本素质，而且还要具备军人特有的气质，成为具有独特优势的先进群体。1980 年以后，全军实行经过院校培训、成长和提拔干部制度以来，我军干部队伍知识结构发生了深刻变化，大专以上文化程度干部占了相当大的比例。并且，军队本身就有大批干部从事法官、检察官和保卫工作，具有胜任本职工作的业务素质，转业后为什么不能当法官？！以法律为例，自全军统一组织军人参加全国律师资格考试，每年上千名军队考生的成绩，及格率均高于全国平均水平。这些经过严格的法律专业训练的考生，转业到地方，为什么不可以当法官、检察官和律师？！

党中央、国务院和中央军委对转业和退伍军人十分关心和重视，要求各级党委和政府把妥善安置复转军人作为一项严肃的政治任务来抓。江泽民总书记、李鹏总理多次指出：军队转业干部是国家的宝贵财富，是社会主义现代化建设的一支重要力量；他们转业后，将会给地方的经济建设和各项事业增添新的活力。邓小平同志早在 1980 年 3 月就指出：对军队减

下来的干部“地方上也有可以容纳的行业。比如，与军队干部的特长比较接近的政法工作，就需要大批干部。现在，警察不够，警官更不够，法院院长、法官、律师、检察官、审判员都缺乏。一般资本主义国家考法官、考警官，条件很严格，我们更应该严格，除了必须通晓各项法律、政策、条例、程序、案例和有关的社会知识以外，特别要求大公无私、作风正派。按道理，军队的干部应该比较合格。这方面军队可输送一大批干部。”与其他行业、部门相比，军人经历更是一笔无形的财富。加上他们刻苦学习，锐意进取，顽强拼搏的精神和实践，完全可以成长为一名称职的人民法官。这是被实践一再证明了的，就连贺先生也承认这一点。“贺文”中，曾以法院系统的一家专业报纸做过一番统计：“在截至 1994 年 6 月底出版的共 114 期报纸中，刊有表扬法官的通讯、特写等共 72 篇，其中明确提到主人公是复转军人的共 18 篇，占 25％。”实践是检验真理的唯一标准。如此令人高兴赞叹的事实，充分说明了复转军人不仅在其他战线可以做出成绩，而且在法院系统同样可以大有作为。

贺先生在文中也讲到军人为国家奉献了青春年华，国家理应安置好转业军人。但他同时又强调“复转军人不应当成为法官”。按照他的逻辑，银行的同志可以说转业军人缺乏金融知识，因此他们不应做银行职员；工商部门的同志可以说转业军人缺乏市场管理知识，因此他们不应做工商系统的业务员；公安、检察部门的同志可以说转业军人缺乏法律知识，因此他们既当不了警察又做了不检察官……如此一来，还有什么工作可供转业军人选择呢？

加强法制建设，不应该把转业军人拒之门外，而恰恰相反，要把他们继续作为一支生力军，按照国家的有关政策，有计划地不断地充实到政法部门中去。当然，我这样讲，不等于说不管哪个转业军人都可以当个好法官，也不是说每个转业到政法部门的军人都干得很好。随着我国法制建设水平的不断提高，国家对法官专业素质要求也在不断提高，不要说一些转业军人的素质不适应法官的要求，就是一些在职法官如果不注意学习、补充与社会主义市场经济有关的新的法律知识，也难以胜任自己的职责。

如果说过去的转业军官，主要还是用他们对党对祖国的耿耿忠心和良好的基本素质，换取一个应得的工作岗位的话，不久的将来，他们还会加上渊博的学识和过人的技能令社会刮目相看！

上传时间： 2001/9/15　　文章来源：《运送正义的方式》

『yiming』于 2006-3-17 14:54:00 发表评论：

关于,复员军人进不进法院的问题,关键不是他们的身份,而是他们是不是具有司法的能力.军人的气质并不代表代表他们就一定有法律专业的知识,如果将这些不懂法律或对法律知之甚少的人都安排在法院,那和把一些不懂医术的人安排在手术台上有什么区别?法律不是儿戏,我国的司法部门需要的是法律界的精英,只有这样,我国的司法道路才能走向正轨,我们的法律才能得到有效的实施

改革司法改革

投给法院报的一篇短文，转在这里，请大家指正。

（还是用真名——江山易改，本名难易啊！呵呵。）

受海峡对岸的法学家苏永钦教授的一本书名的启发，我取了这样一个标题。苏教授是政治大学法学院的教授，按照王泽鉴先生评价，他“是一位具有宏观洞见、思维精致的法学者，多年来致力于阐释司法改革的理念，探讨基本问题，提出许多异于传统、深具开创性的见解。”在这本名为《司法改革的再改革》（月旦出版社 1998）的著作中，作者也提到 1970 年代德国著名法官本德（Rolf Bender）于司法改革风起云涌之际的作为，与一批年轻法官以及各个领域的社会科学家一起，组成“改革司法改革”（Reform der Justizreform）小组，从社会科学的角度并运用社会科学的方法提出司法改革的新方案。苏教授认为，台湾的司法改革因为长期以来局限在法律人狭小的圈子内，因而相关方案既与民众的实际感受与期望相脱节，又全然没有其他社会科学知识与方法的指引，不可避免地进入内部虽热热闹闹，社会终冷漠疏离的窘迫境地。

反观我们的司法改革，是否也面临着某种类似的窘境呢？这些年来，司法改革已经成为中国各种改革中最活跃一个领域。由于社会转型期中人们对司法权威的需求，加上各种传媒的大规模营造气氛，司法改革已经成为整个社会关注的焦点。不消说，这种关注也构成了对司法界的巨大压力，因而各种改革措施不断地推出。诸如庭审方式引进“抗辩制”，法院管理体制上的“非行政化”，审判长选任制度，错案追究制度，通过法官法引进的法官等级制度，法官服饰由制服变法袍，司法决策过程的更加透明和开放，一直到“一教育三整顿”和“地方与专门法院院长副院长引咎辞职规定”，可谓新招迭出，异彩纷呈。除了法院检察院推出的改革外，人大更以强化对司法机关监督为目的，在全国范围内推广“个案监督制度”等改革措施。

值得注意的是，改革所因应的压力来自不同的方面，使得不同的措施产生指向上的矛盾。大致上说，法律界内部多从法律职业化和司法独立的角度考虑，因而希望通过独立而达到公正；法律界之外的人们则更多地寄希望于监督，认为司法不公正的基本原因是法官权力的不受控制，因而改革的目标就是强化对法院以及法官的控制。迄今为止，几乎所有的改革都基本上可以归于这两大类。可是，仔细分析，两类改革之间在深层次上具有内在的对立和紧张。改革措施之间的冲突常常让司法界本身无所措手足，不同指向的改革相互抵消，结果又进一步加剧了社会对司法的不满以及控制与“监督”的强化。控制的强化不仅削弱了本来就很脆弱的司法独立，更使得司法界自身的改革步调和方寸趋于更大的混乱。我们今天所面临的正是这样恶性循环。

也许，我们不应该把改革视为具有天然正当性的东西。在缺乏理论和知识准备的情况下，许多改革所起到的常常是负面的作用。改革本身需要有自身的体系，我们要对总体目标有清楚的把握，要让每一个具体的改革措施与这个总目标相一致，要让具体的改革之间形成相互

补充的关系。要做到这一点，离不开改革的决策者对司法权的性质、现行制度弊病何在以及社会需求与改革措施之间关系的合理认识。每一项措施在出台之前，决策者们是否进行过深思熟虑的论证，论证时是否注意到对不同意见的吸收，是否考虑过与其他改革措施的契合或矛盾？由于自己没有参与具体决策，对相关情况很少了解。但是，观察和分析已经出台的改革措施，这方面的情况看来并不乐观。

所以，现在该是改革司法改革的时候了。尽管跟德国甚至台湾等地方比起来，我们的司法改革所处的阶段以及所针对的问题存在着很大的差别，然而，在改革的过程中，时时地对改革本身进行反思和检讨却一样是必要的。我们与法制发达地区之间在司法制度上最大的差异乃是，在中国，建立在法律知识专业化和司法人员职业化基础上的司法独立还是一个正在争取的目标，维护这种独立的相关制度还远未建立，学术界与司法实务界之间还没有形成良性的互动关系。在这些方面我们要做的还很多。另一方面，将司法改革置于整个社会发展的宏大视野之中，吸收社会科学以及人文学科其他领域——诸如社会学、经济学、政治学、历史学等——的方法与知识，对司法改革所涉及到的各个制度环节进行更具深度分析和论证，从而突破就法律论法律的狭隘视野，使相关改革措施能够很好地回应社会需求，无疑是需要我们特别注重的一个大问题。

“问渠哪得清如许，唯有源头活水来”，司法改革也需要源头活水，那就是将司法放在专业视野中也放在社会视野中加以观察所获得的知识和领悟。只有将每一项改革建立在坚实的知识基础之上，今天的改革才不致于成为明天的改革对象。

2002-1-4 21:56:27 发表于雅典学园

上传时间： 2002/1/4 文章来源：雅典学园 本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

改造权力：法律职业阶层的兴起 阅

统一司法考试和法律职业建构

魏：你是统一司法考试的鼓吹者，也是参与这次国家统一司法考试决策的专家之一。你认为中国为什么要实行统一司法考试呢？

贺：其实长期以来，对于司法人员素质低下，无论是法学界还是社会，甚至包括法律职业者他们本身，都觉得是一个很严重的问题，已经直接影响到整个制度。现在已经形成这样状况：因为法官素质低，就不能让他独立；不让他独立，他的素质愈发低下去。这是一种恶性循环。

中国的司法改革千头万绪，在我看来，人的素质一直是首当其冲的问题。如果我们的法官、检察官的素质不够高，就不可能有一个良好的司法体制和这种由司法体制所保障的良好的市场经济，这已成为共识。

魏：统一司法考试的动议之所以这么顺利通过，我想还有一个更深层的原因，就是法律职业阶层的兴起。20 多年来，中国社会结构发生了非常大的变化，原先那种高度一体化的社会结构被瓦解了，新的社会阶层才可能产生，才有他们生存的空间。

贺：这涉及如何认识当前的社会这个问题。日本从 1955 年开始，每 10 年就要进行一次“关于社会阶层和社会移动的全国调查”，出版《日本社会的阶层结构》之类的研究成果。这对日本社会的“数目化管理”非常关键。黄仁宇在分析中国传统政治的治理失败时，就指出了因为它不能实现有效的“数目化管理”。中国社会时常喜欢模糊管理，固然和我们的传统思维方式有关系，但更重要的是我们不清楚管理对象的实际状况。

中国社会科学院社会学所从 2001 年 6 月开始，就着手进行全国规模的抽样问卷调查，去年出版了《中国社会阶层研究报告》，提出以职业分类，中国已经出现了经理人阶层、专业技术人员阶层等十个阶层。这表明中国社会结构已经发生了巨大的分化。这份研究报告并没有把法律职业阶层专门提出来，但是法律职业阶层的存在已经是一个事实。到目前为止，全国执业律师已经有 11 万多人，律师执业机构也由 1979 年的 200 多个发展到目前各类律师事务所 9100 多个。虽然这个数字还远不够，但是变化确实非常大。

魏：社会阶层结构分化产生的利益多元化或许是法律职业阶层兴起的内在动力。

贺：法律职业之所以在今天的社会中受到人们越来越多的关注，是因为法律职业是很专业化的职业。我觉得的确存在着一种内在的发展动力，当然内在发展动力倒不见得用那些高尚的或者是宏大的字眼去形容，如社会正义等等。美国法学家波斯纳认为法律职业的兴起源于一种卡特尔组织，这种厂商组织关注的是自己提供的产品（法律服务）的市场价格，所以会想方设法提升产品的服务品质。法律职业阶层的出现无疑和这种职业在现实社会结构里的利益驱动有很大关系。职业利益的驱动也会使职业共同体逐渐形成，努力改变自己在社会结构中的地位。

中国社会二元权力结构对司法制度的影响

魏：我还很想请你谈一下中国司法制度的传统是怎样形成的？晚清以来中国的司法制度传统已经发生了一些结构性的变化。

贺：可以这么说。我们现在的司法制度从总体上来说是对西方国家的法律制度进行学习组合的结果，大体上来说有三个来源：一是欧洲大陆以及日文版的欧洲大陆法律传统；二是社会主义，尤其是俄文版的社会主义学说和法律传统。1949 年以来的传统，影响最大的就是这一块了，直到今天，法院的地位低微，检察院的监督权以及司法权行使方式过程中的所谓群众路线，对具体审案法官的司法解释权的剥夺这些东西都跟苏联的司法制度很有密切的关系。第三个来源就是我们中国的古典治理传统。虽然表面看起来我们的制度已经很西化了，

但是我们骨子里的运作过程，所遵循的一些准则，自觉不自觉采取的一些方法，都还是我们两千年来一直采取的那套方法。

魏：这也就是马克思说的“死人紧紧抓住活人”。在对我们现存的司法制度进行改革的同时，我们需要很好地研究我们有什么传统资源可以推进我们的司法改革。

贺：要想实现司法改革，我们需要好好研究我们的传统。社会发展到今天，中国社会权力结构内部一直都存在一个表层权力结构和深层权力结构之间的二元冲突。单看中国《宪法》，与西方相比没有太大的差别，但是我们无法建立真正的“宪法至上”的模式。真正左右权力运行，起到真正决定性作用的力量，往往在表层不大容易发现。在表层看到的东西永远不是真实的东西，真实的东西都是在背后，在桌子下面。《宪法》规定人民法院独立行使审判权，不受干预，检察权是独立的，人大是至高无上的。但是我们看到这个说法，全国人大要在党的领导下行使最高权力，你就说不清楚了，到底是怎么回事。邓小平同志早就提出了，政治体制改革的关键是党政分开。

中国从传统的皇权统治到现代的政党统治这一过程中，国家权力几乎渗透到社会的每个组织和角落，这种高度的集权化和控制化，导致了一切泛政治化后果。在这样一种权力格局下，司法独立当然是不可能的。

魏：除了司法行政化，还有一个很严重的问题就是司法的地方化问题。我们可以时常在传媒上看到司法地方保护主义的报道，这实际上导致了法制的不统一，不利于一个全国统一市场的形成。

贺：我们似乎是一个非常统一的国家，但又是一个非常不统一的国家。中央有一套，地方有一套，所以中国的事情并不是表面上看起来那么简单。司法权是国家权力的一部分，但是在地方，司法权力实施的物质基础又是由地方政府财政来提供。司法决策过程中对于法院所在地方的党政机关意志的关注，在目前这个制度结构下，这是没有办法的，因为司法体系的人财物都受制于地方，正如汉密尔顿所说，“对于人的本性来说，对于人的生存权有控制权，等于对人的意志有控制权。”

现在打官司，当事人往往会争夺管辖权，都希望案子在自己所在地法院判决，有“主场”意识，他们认为“主场”好打，“客场”不好打，这本身就是对法律的不信任。

通过法律职业改造传统社会

魏：你曾经写过一篇《法学家的缺席》，从思想史的角度提出五四新文化运动一个内在缺陷，就是法律职业在中国新文化转型过程中基本上没有位置，也没有声音。我很赞同那篇文章的提法。

贺：律师在塑造整个欧洲现代文化的过程中发挥了重要作用，普通法律师比其他职业对英美生活的影响都更为巨大。对于欧洲现代政治和社会组织的形成，法律职业阶层的兴起起到了十分关键的作用。

再来看中国知识传统，就发现法律职业在其中基本上没有任何痕迹，虽然中国也有律法传统，也有讼师，但只是政治文化的一部分。现代文化的一个本质就是法律文化，这个法律文化基本上就是法律职业者建构出来的。

魏：费孝通先生早在 1948 年，就在他的《皇权与绅权》一书中指出，中国传统社会结构只有两个阶层，一个是“农民”，一个是“绅士”。因为这种扁平的二元社会结构，造成了中国在现代化转化时缺乏结构性动力。中国传统社会在现代转型过程中，缺的就是结构力学这一课。现代社会的结构力学最紧要的就是法律职业阶层的兴起。

贺：你提出“社会结构力学”这个概念非常好。为什么说现代社会的结构力学最要紧的是法律职业阶层的兴起，我们可以从法律职业本身在中国社会的困境来理解。我认为法律职业面临的最主要障碍，首先还是刚才我们说的，中国传统社会治理模式与现代法治有相当大的差异。其次，法律职业与政治的关联密切，所以其独立性会带来人们对政治权力的更多警觉，人们会质疑政治权力的正当性到底在哪儿。但是，政治最高层可能有点不容易理解这个问题。想想如果法院判决政府败诉，人们会不会认为这是党中央出现了两种声音？或者会不会真正接受这种真正的社会独立？我觉得这是特别值得我们关注的。

过去百年来，司法没有获得独立，屈从于其他权力，使得人们对于法律职业独立性的意义理解完全是扭曲的。因此法律职业作为一种独立职业，在政治层面上的意义，或许被简单化了，认为只是一种对政府权力的制约，甚至常常被误解为一种促使社会分化、分裂的力量，而不是一种可以整合社会，使社会更加团结的力量。法律职业阶层作为社会中间层、介于政府和人民之中的第三种力量，在社会结构力学的意义上来说，是非常重要的一个支撑点。一个真正长治久安的社会，往往是法律职业化程度最高的社会。司法越独立，社会越稳定；社会动荡不已，非常混乱，经济秩序也非常混乱，都往往是司法独立程度低的社会。

魏：或许可以这么说，法律职业阶层是中国这么一个传统社会向现代社会变革的社会动力学因素。

贺：我还可以补充一点，法律职业在决策过程中，是非常理性化的，注重说理，注重严格遵循程序，把人们非常慷慨激昂的一种情感，放到法庭这种理性空间里加以裁判、解决。我们现在也越来越意识到，法院的决策必须回应不同的证据，他必须在不同的利益诉求中保持一种良好的平衡，也就是所谓司法是公正和善良的艺术。

这个理性化过程中，保持一种前后决策的统一，实际上也是在积蓄前人智慧的过程。前人的智慧不断累积到我们这儿，不断考虑昨天我们是怎么决策的，前天是怎么决策的。实际上，这样诉诸于所有前人的智慧来解决我们当今所有的社会矛盾，那么我想他只会给社会带来莫大的稳定，也许在这些过程中政治权力会发生某种转移，或者权力的中心会发生转移，司法的权力会成为一种非常富于吸引力，人民更加理解、更加依赖的权力。

魏：这里插一句，与中国不同，日本有一个比较独特的现象，就是起初日本的法律职业是由武士阶层的人来担任的。武士阶层在日本是一个很有权力和影响的阶层，并且在日本社会结构里地位也比较高。因为日本有这个传统，所以过渡到现代社会后能够保持司法的独立性。中国没有这个传统，所以我们要创造这个传统，这就是形成法律职业阶层。

贺：中国传统社会一个很大缺陷，就是我们没有形成一个良好的社会分层，缺乏由分工所导致的不同职业不同行业之间独立的行业纪律，以及发达的行业理念、行业伦理。

法律的独立，首先是法律知识的独立，而且法律职业内部不同的分支，也分享这样一套同样的法律知识。所以我觉得法律职业形成的不仅仅是一种职业，甚至可以说是一种阶级。社会要支持和理解这样一种法律职业的独特性。这可能是我们社会最大的缺陷、最大的问题。曾几何时我们还在鼓励“马锡五式”的审判方式，小河边、柳树下、炕头上，随时可以开庭审理案件；我们倡导一种非常积极主动的司法模式，让大家能够有一种服务意识，让人民所喜闻乐见的一种司法模式。不仅仅是基层法院，甚至高层次的法院也是这样的审理模式。因此，将来中国的法律职业建构，应该走向更加独立，而且是建立在特殊的语言、特殊的伦理、特殊的理念基础之上的独立，可能它会遇到一连串的问题，或者说它在社会中有某种非常根深蒂固的障碍。人民会喜欢吗？人民能够接受吗？我们发现在一些案件判决时，都会遇到这样的问题。也许行业性的逻辑，和大众逻辑之间不能够互相兼容，所以就需要在二者之间舍弃掉一个东西。

魏：这是因为它们是两种完全不同的理性。

贺：对，是两种不同的理性。最大的问题可能是法律职业会随着专业化程度的加剧，不会得到人民越来越多的拥戴。可能在整个政治权力架构中，越来越趋向边缘化。本来已经很边缘化，为了克服这种政治边缘化，有些人就提出我们要为市场经济保驾护航，为企业服务，以显示它是这个时代中一个重要权力。但是，我们从专业化角度发现，这样做的结果不是提高了司法的声望，而是把司法降低为一个真正的工具，在“服务”的过程中，法律丧失了自己。另一方面，如果我们的司法在追逐某种专业化，会不会出现越发被冷落的后果？我自己觉得不大好预测。我想，一个很重要的问题，是我们能否促使社会形成和营造一种能够理解法律职业特殊性的社会系统。

贺卫方为北京大学司法研究中心主任，魏甫华为本刊高级编辑

上传时间： 2002/4/24 文章来源：财经 2002 年 04 月 05 日

高俅诉林冲

电视连续剧《水浒传》在中央电视台播放已毕。时值寒假，自己断断续续地看了若干集，同时趁热打铁，又把原著小说读了一遍。谚曰“三句话不离本行”，作为法学研究者，不免要从法律的角度解读这部小说，同时也常常与今天我们的法治建设联系起来作些思考。《水浒传》虽然是一部小说，我们不应把文学的真实完全等同于生活的或历史的真实，然而，较

之《三国演义》和《西游记》,《水浒传》还是描绘了更生动、更细致的社会生活画面，提供了我们得以观察和剖析传统社会秩序的更适合的标本。

从法律的角度说，《水浒传》乃是中国传统法律秩序失败的一个范例。所谓逼上梁山，正是那些在主流的或官方的法律体系里无从获得正义的人们，万般无奈，只得诉诸于自力救济，落草为寇，成为与朝廷势不两立的集团。我们且以豹子头林冲的经历作例，看其中的法律道理。

林冲先生本是京师八十万禁军教头，想来也是当年军界中有身份的人物。按照过去曾盛行的阶级分析方法，属于统治阶级中人。不幸娘子为高衙内看中，那厮又不断地对林太太进行性骚扰，林冲咬牙切齿但又无可奈何，因为高衙内乃其本官太尉高俅的义子。高俅这人物当然是那种一辈子只干坏事不干好事的家伙，设计陷害林冲是必然的，于是有“豹子头误入白虎堂”一节。高俅诉林冲一案便诉到了开封府。

假如这事发生在一个法治社会里，林冲这个“犯罪嫌疑人”马上可以打电话给律师，律师就会广泛地收集可以证明林冲无罪，证明高太尉有陷害林冲之嫌的各种证据。同时，这案件还要经过检察官的严格审查，如果检察官发现有证据证明林冲的确是太尉府来人唤去比看新刀，或者找到了那位神秘的卖刀人，后者供述卖刀系高太尉所设计的圈套，检察官便要释放林冲，同时将高太尉本人起诉到法院中去。即便是检察官起诉了林冲，因为法院和法官是独立的，又实行“无罪推定”的原则，不会判罪之前便动用刑罚，屈打成招。相反，法院要给林冲及其律师以充分的辩护权，辩诉双方将各自的证据提交到公开的法庭之上，双方的证人都被传唤到庭作证，对质程序严格细密，最后的结果，肯定是高俅这厮而非林冲先生被发配沧州。高太尉被治罪，那可甚是了得，后来的多少冤案便不会发生，多少好汉将不必投奔梁山，赵家皇运长久也是可以期待之事。

当然，高俅毕竟权高势重，法官也许有几分畏惧，会来个“葫芦僧判断葫芦案”，含糊了事。但是，法治社会必然是舆论自由的社会。大众传媒不会放过这样侵犯民权的行径。于是，判决发布次日，《东京邮报》便发表措辞激烈的社论，对于如此畏惧权势的司法提出严厉批评；汴梁电视台采访各界人士，大家对这等公然违反法治原则的司法制度都极感愤怒和不安。舆论的压力之下，上诉法院推翻原判，发回重审，结局当然还是林冲无罪。

然而，不幸的是，宋朝不是一个法治社会。林冲没有律师作辩护；没有检察官对案件进行独立的调查；没有大众传媒对司法进行监督。在将本案提交开封府审理的时候，高太尉压根儿就不需要出庭，他喝叫左右：“解去开封府，吩咐滕府尹好生推问，勘理明白处决。”如此嚣张当然是其来有自；据开封府内的那位小官孙定的话，这南衙开封府与其说是朝廷的，不如说是高太尉家的：

谁不知高太尉当权，倚势豪强，更兼他府里无般不做，但有人小小触犯，便发来开封府，要杀便杀，要剐便剐，却不是他家官府？

多亏有这位孙定在旁说些好话，加上林冲的丈人张教头在府中“买上告下，使用财帛”，最后才幸免一死，但还是“脊杖二十，刺配远恶军州”。这样的冤假错案，《水浒传》的作者居然还要诗曰“林冲合是灾星退，却笑高俅枉作为”，真是黑天冤枉！

林冲案只是这部书中描写黑暗司法许多丑行中的一桩。全书里，我们见得到太多的官府腐败事例：拿了银子便可以将押解犯人杀死的公人，钱可通神的监狱，开封府可以制造冤案却对泼皮牛二无可奈何，仿佛贿赂竞赛一般的武松诉西门庆、潘金莲案。凡此种种，不胜枚举。从前金圣叹评水浒，略谓该书先写高俅而后写一百零八好汉，是要表达“乱自上作”的意思。我们今天读水浒，却未尝不可以说，乱固然自上作，更自腐败的司法作。西谚所谓“忠良遭法屈，叛逆成大义”（When

lawful awful, treason reason），此之谓乎！

原载《南方周末》1998 年 3 月 6 日。

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《运送正义的方式》

公共知识分子的角色

by 贺卫方/何军

如果以 GOOGLE 的搜索条目多少作为一个人的影响力指标的话，贺卫方无疑是中国当今法学界最有影响力的法学家之一。当然，我们并非以此为据来选择贺卫方作为本报的年度人物。如大部分搜索结果中的内容所述，贺卫方呈现给我们更多的是作为一名公共知识分子在中国的法治进程中所扮演的角色，在其身上，一名知识分子在当下中国急剧转型的时代所肩负的社会责任与学术追求的“冲突”和“困境”清晰可见，这种“冲突”与“困境”也深刻地折射出我们今天的社会的某种缺憾。正是在这个意义上，贺卫方的价值就不仅仅在于法学界、在于法学研究，而应在更为宏大和深刻的中国社会转型背景下加以诠释。

提到贺卫方，就不能不提到 1998 年刊登在《南方周末》上的一篇文章“复转军人进法院”。从这篇文章，贺卫方开始在大众传媒的层面上进入更多人的视野。也正是从这篇文章，人们开始逐渐认识这位敢于直面中国司法现状、不愿躲在书斋里不闻天下事只读圣贤书的学者。这篇文章引发了人们对中国司法系统人才问题的关注和讨论，与此同时也遭到了来自军方和法院系统的强烈反应和巨大压力，〈南方周末〉甚至为此刊文致歉。然而贺卫方并末因此而感叹于中国的特殊国情，“逃回”书斋，不问世事。相反，关注司法现状成为他关注中国整个法治状况的路径和突破。在接下来的几年里，他的足迹踏及大江南北，在基层法院、大学、甚至在偏辟的乡村，人们都能看到他的身影，感受到他为传播法治理念和思想的不懈努力。自 1998 年开始，他每年在北大以外的演讲都不下 30 场，几乎是不到半个月就有一场，与此同时，一大批关注现实的豆腐块文章出现在媒体上，并最终汇成一本学术随笔集《法边馀墨》，这在一向偏好长篇大论、不屑于其实也不善于挥洒自如的小文章的中国法学界颇显“另类”和难得。也正是这些豆腐块文章在给人们带来精辟、独到和理性的法律分析与法治理念的同时，也闪现出贺卫方在学术上的灵感和远见。

强调文章原创性和思想性的贺卫方对写“引经据典”的学术论文和专著颇感兴味索然，他喜欢以《联邦党人文集》为例，来说明那些本来发表在报章上浅白易读的篇章也许并不符合理论家的要求，但是，对于后来制度的发展却是影响深远的，被后世视作法学和政治学的经典，甚至这些本不以理论创造为追求的文章也具有了巨大的理论价值——后来多少理论家靠它吃饭就足以证明它的理论内涵是多么的博大精深。在他看来，“在现在的中国，我们仍然需要有麦迪逊、汉密尔顿和杰伊们奔走呼号，使得我们这个老大中华的制度建设上轨道。”

然而在人们偏向以“著作等身”、“鸿篇巨制”、“学术进路”作为评判学者价值的标准时，贺卫方因其体系化的学术著作少有面世而社会活动“过于忙碌”开始招致一些批评，在学校、在网络上出现了关于他学术无长进、老调重弹、牺牲学术而过多参与现实不值得的种种议论。面对这些批评、议论，贺卫方总是以一种坦诚、宽容和深刻反思的心态面对，尤其是对“爱之深，责之切”的学生，他甚至会感到不安和自责。在一篇回应文章中，他说道：“...... 能够得到大家如此关心，心中极感温暖，同时，也极感惭愧...... 我已经清楚地知道自己的这种现状的严重性，也会想方设法地改变这种状况...... 我感到困惑的问题之一是，在今天这个时代，作为一个法律学人，究竟应当怎样设定自己的角色，以怎样的方式履行自己的社会义务”。

尽管困惑、甚至孤独，但在现实中努力做事的步伐却从未停止。从将《比较法研究》塑造成为国内一流的法学专门刊物到 2000 年入主《中外法学》，“把一个险些沦落为北大法学院‘自留地’的《中外法学》变成真正开放性的‘公园’”；从翻译《比较法总论》、《法律与革命》、《美国法律辞典》诸书到担任众多大型法学丛书的编委（如中国大百科全书出版社出版的外国法律文库、中国政法大学出版社出版的“法律文化研究中心”文丛）、副主编（如中国政法大学出版社出版的当代法学名著译丛）、主编（中国政法大学出版社出版的“司法文丛”、三联书店出版的“宪政译丛”）；从 1998 年起，蝉联三届由学生评选的北大法学院“十佳教师”，到 1999 年度获北京大学优秀教学一等奖、2000 年度当选北京大学“十佳教师”并位居第一；从早年间极富先见性的《通过司法实现社会正义：对中国法官现状的一个透视》到《对抗制与中国法官》和建立在实证研究基础上的《中国司法管理制度的两个问题》———无论是作为编辑、译者，还是身为师者、学人，贺卫方其实都已给我们交上了一份出色的答卷。

作为一名身处转型时期的法学家，贺卫方对中国法治建设的基本探索所取的是一种知识角度的进路。在一次访谈中，贺卫方对自己是保守主义还是激进主义的阐述也许能够更好地帮助我们理解这一点。他说：“现在的各种所谓某某主义派系都跟我不沾边。我觉得这个东西可以作更细致或者更复杂的划分，而很难用贴标签的方法归类...... 我觉得我有点儿像另外一种保守...... 怎么解释呢？比方说，在法律专业里，我把法律理解为一个有两千年历史的专业化的知识体系，我偏向于认为知识很重要，古往今来的这一套东西很重要，我自己强调的我们应该重视的东西恰好是西方古典的一些东西，即西方从古罗马就一直传承下来的这一套东西。但是有人说，西化是一种激进，从这个意义上讲，有人说我是激进的。但是我又可以理解为保守，因为这是保守某种超越了国界、具有悠久传承历史的专业化知识，我认为这也算是一种保守吧。不过我觉得保守并不是一个贬义词，搞法律的人应该有一种保守的气质和精神。”

访谈：

１、

记者：您如何理解作为一名法学家在当下中国转型时期法治发展过程中的角色和作用？或者在更广泛意义上的公共知识分子在社会中的角色？

贺卫方：在中国现在的发展转型中，最大的因素可能不是经济的因素，而是政治和法律的因素，如果没有一个良好的法治状况，就不可能实现社会经济的良性发展，英国的历史清楚地表明了这一点——如果没有普通法、衡平法，没有法律制度对市场经济进行良好地制度架构，我们就无法想像英国会成为世界上最早的市场经济国家。没有完善的规则，市场制度是没有办法建立的。中国社会发展到今天，应该说目前的社会法治状况、政治民主化等方面仍然有很大的缺陷，也许还只是刚刚走到春天这个阶段。现在的司法改革看起来很火热，越来越深地嵌入到社会关系的调整中，但是在调整过程中，我们发现法律的确定性、可预见性、同样的事情能够同等地对待等一些法治最基本的要求都还没有达到。如果不能达到这些要求，那么市场交易中的安全性和可预见性就无法实现，这可能是对市场经济制度最大的制约。而产生这种状况的原因恐怕不是我们不想搞法治、不想搞民主，而是对法治社会怎么去建立，民主的社会效果和功能是什么等问题，我们往往有一种过份简单化的认识，如我在一篇文章中所说，争取民主的人往往把民主当作一种要通过抛头颅撒热血的方式获得的价值，而敌视民主的人又视之为洪水猛兽，必须要通过激烈的方式加以压制，这样就导致社会中间很难获得一种大妥协。我认为，法治的社会和民主的社会都是一种妥协的社会，各种不同的力量之间的确利益不同、诉求不同，这时不是你吃掉我，我吃掉你，而是要妥协。民主能够使社会获得一种妥协，使权力的维系获得更坚实的合法性，就如同法治可以使社会变得越来越有秩序，独立的司法权能够使社会更好地有秩序运行，因为独立的司法权可以严格地按照法律的逻辑来评判每个案件，包括人民与政府的纠纷、人民之间的纠纷。大家都要设法把这些纠纷纳入理性的轨道，把它放到“法庭”这个人工的空间，通过真正的摆事实讲道理，摆证据讲道理，使社会逐渐形成良好的秩序。当人们的怨气、不满都能够通过这种理性的方式和法律的渠道得到解决，人们对政府的权威感会不断提高而不是降低。所以我个人认为我们特别需要象《联邦党人文集》里的那种东西，在美国立国之初，人们都在讨论怎么能够按照民主的逻辑来管理社会，同时又不形成多数人的暴政，既能够保证州的利益，又能够建立一个强有力的联邦政府，既有民主的逻辑，又有一种贵族政治的逻辑，司法既独立又不至于产生某种专横，在这些方面都进行了细致的讨论——立法权怎么建构，司法权怎么建构，这种讨论非常重要，而且这些讨论都通过大众传媒进行，从而把法治、政治、民主的理念传播到社会中，弱化、减轻了人们对民主的恐惧和抵制，而我们国家 50 多年来从来没有对如何治理国家进行过如此细致地研究和讨论，并在大众层面上进行传播，我想这大概跟社会主义政治哲学有关，这种政治哲学的基本假设消解了制度得以形成的那种紧张，其实社会矛盾并非完全是坏事，有矛盾才有妥协，而如果回避矛盾，反而可能失去一种政治制度得以发育的契机。50 多年来，我们从来没有认真地讨论过人民代表大会制度中的具体问题，代表如何产生，立法程序怎么设计，代表的人数多少为好，代表如何讨论问题，为什么我们的行政区划变成了一个三种权力统一的标志，包括如何建立丰富的立法听证制度，能够让立法过程中涉及利益的人有机会表达自己的意见。立法不可能代表所有人的利益，也许它只是一种权力重新划分的过程，因此要让利益相关方参与到这个过程中来，让他们表达意见，这样可以使法律更能得到人们的认同和遵守，减少人们对法律的抵触。

因此，我个人觉得公共知识分子应该在民主、法治和市场化建设过程中超越狭隘的学科

划分，更广泛地认识世界。学科的划分不等于社会的划分。学科的划分是为了更加便利我们认识世界，过分地把学科当作一个完整的世界实际上是画地为牢，固步自封，使我们对世界的认识不完整。身为公共知识分子，不仅要有学科的关怀，也应有社会的关怀，能够从不同的角度，对广泛的社会事务表示关注，不同的角度有其独到的价值，正是这种知识背景的差别，构成了公共知识分子得以存在的一个重要前提，因为如果没有差别，反而就没有价值了。

２、 记者：公共知识分子所承担的社会责任与身为学者的学术追求是否存在冲突？

贺卫方：我想这实际上可能是一个假的问题。我觉得历史上一些大的知识分子，他们中的大多数是因为对公共问题的关注使得他们的英名得以流传，使他们的著作成为不朽的经典之作，我相信柏拉图、苏格拉底、洛克、孟德斯鸠包括马克斯韦伯都是非常关注政治、社会的人，他们对社会的关注是从知识分子的角度作出，这种角度的关注内在就具有一种学术上的价值和思想价值。我也特别希望法学领域能够有一批人在书斋里面青灯黄卷，进行一些形而上的研究，其实这种在思辩的海洋中遨游的情况也非常好，但是不应该所有的人都是这样子，这里面没有价值高下之分。象韦伯这样的学者，他的学科跨度很大，并不把自己限制在某个狭窄的领域，我们现在有很多人觉得学者就应该安守自己的那一亩三分地，在里面耕耘，其实不是这样，韦伯不是这样的学者，他对德国的政治非常关注，进行过很多评论，其中有一些在后世看来是非常有价值的，在推动政治发展过程中学术也得到了深化，甚至我觉得包括自然科学的学者，像爱因斯坦也是这样子－－对社会事务绝对不是不关心的，毕竟社会的秩序对每一个人都是有相当重大的影响。法律是一个特别具有社会性的学科，社会就是我们的实验室，是我们提出的任何一个学说得以试验的一个大实验室。如果你的学说与社会是没有关联的，或者说，当发现社会的弊端，违反法治的弊端，不去作一些抨击、批评和揭露，我觉得这就真正缺乏一种社会关怀，这样的法学家也是打折扣的。

３、

记者：现在中国农村正在大面积地推行直接选举，但是在许多地方出现了贿选，但是有意思的是在今年北京大学的研究生会主席选举中也出现了类似具有“贿选”色彩的做法，如给每个宿舍送一盆花。这是否与西方政治选举中的竞选承诺有着某种相似之处，只不过一个是现实的物质回报－－－一盆花、一顿饭、几百块钱，一个是未来的政策回报－－减税、增加福利等？这是否意味着在真正的选举中，其实所谓的“贿选”是很正常的，也许并非一件坏事，它起码说明选民手中的选票有了价值，至于他愿意以什么样的回报－－－一盆花、一顿饭、几百块钱还是减税、增加福利来兑现这个价值，就是他自己的事了。您如何看这个问题？

贺卫方：我们往往对政治有一种两极化的理解，或者把政治理解为极度肮脏的，或者把它理解为伟大的，神圣的，纯洁的，政治其实不是那么极度肮脏，也不是那么特别纯洁，政治一定是有派系斗争、相互冲突、交易、妥协，政治不可能是完全的黑白分明，如果这个社会是非敌即友，那是不可理喻的。我觉得民主社会就是让有雄心的人能够通过合法的途径、合乎程序的机会实现其雄心，在实现过程中，由于有合理的制度保障，因此不致于使人们的雄心导致灾难性的结果，因此在权力的设计中应有一种平衡，而有雄心的人为了实现雄心，一定会想方设法地讨选民的欢心，因此，所谓的贿选究竟是在多大程度上的“贿”，是一个问题。现代民主社会中有一个不好的东西，就是非常庸俗化地讨选民的喜欢，如某些民意调查的标准就非常地庸俗化，如相貌、受女士欢迎度等，这些标准算不算一种贿赂呢，因为相貌好，受女士欢迎实际上也是满足了部分选民的心理需求，所以我觉得我们社会中往往以纯

粹的善恶之分的态度来对待政治可能反而对政治有害。哥伦比亚大学研究中国文化和历史的一位教授在总结中国现代宪政梦破灭的历史教训时说，近代以来，中国从事政治的人不会妥协，不愿意妥协，敌我之间，只有冲突，没有妥协，这样就没办法使政治能够保持一种理性、有活力、合乎程序同时又有人情味。

４、记者：现在社会上有一种看法认为，应该有更多的学法律的人进入政坛。在他们看来，让更多的法律人进入政界似乎也是法治得以改善的一种标识。您如何看待中国法律教育在社会转型过程中扮演的角色？

贺卫方：无论是在英美国家，还是欧洲大陆，他们的法律教育大多培养了严格意义上的法律人－－法官、检察官、律师，当然同时也为社会培养了其他领域的人才。在英美国家给人的感觉更为明显，他们的律师对政治生态的影响非常大，当然这与他们的传统有关，象美国绝大多数的革命领导者都是法律人，律师出身，所以整个国家制度的主导者逐渐形成了以律师为主导的政治家群体，担任总统的有一半以上是律师出身，我想可以找到许多理由来论证为什么由学法律的人去治理国家是一件比较好的事，值得欢迎的趋势。中国现在的领导人几乎都是学工科出身，这与中国特定的历史背景有关，在 50 年代接受大学教育的许优秀多人才是学工科的，学好数理化走遍天下都不怕，文科本身招生量非常少，象法律基本上都停止招生，所以那个时代学文包括学法律的人肯定是一群边缘化的人，法律教育的真正兴旺是在８０年代，７０年代末逐渐开始恢复，事实上法律教育培养出来的人现在也开始在各行各业越来越活跃，包括在政坛中，所以我觉得这不是一个悲观的趋势，只不过要假以时日。法律人也要意识到自己的使命，耶鲁法学院的院长写过一本书叫＜失落的法学家＞，说美国现在的法律人越来越不象立国之初那样，既是律师，又是政治家，是律师与政治家的合一，而现在所处的时代，美国的律师越来越失掉政治关怀，只管赚钱，对国家政治生活的生态加以改造、改善，使人们能够生活在更好的社会秩序中的理想越来越失落，我们中国还没有经历过历史上那样一个黄金时代。我希望中国的法律人在社会的转型中能够越来越良好地表现，法学院的教育也能够按照这样的目标来调整，在加强专业知识传统的同时也强调人文关怀和社会关怀。我想法律教育的许多内在制度还有许多需要改革的地方，这些年我一直在关注中国的法律教育改革，最近也打算写一篇这方面的文章叫＜中国法律教育的改革＞。

上传时间： 2004/5/21 文章来源：经济观察报书评增刊

公共知识分子面临的障碍

by 贺卫方

在过去几年间，公共知识分子的社会角色问题得到了越来越多的关注。在中国这样的转型期社会里面，公共知识分子的出现和受到关注有它相当大的必然性。转型期的社会就是各种各样的流动性和变化太过剧烈，就像一百年前中国人喜欢说的那样，我们正在经历的是五

千年未有之穷劫巨变。这样不断的变动使我们丧失了确定性，我们不知道明天的生活会怎样。我看了波兰学者兹纳涅茨基写的《知识人的社会角色》一书，他对于不同时代、不同类型知识人与社会之间的互动做了很好的阐述。很明显，在一个转型期社会里，公众都有一种强烈的需求，需求专家对于某些事项作出解释，到底发生了什么，一些事件对于我们来说意味着什么。媒体越来越发达，人们对专家的依赖似乎也越来越强烈。相反，在传统的农耕时代，例如像某个遥远的国度里发生一场“9·11”事件那样的惨剧，我们很难及时知道，对于我们的生活也没有什么影响。但是，在今天这个时代，我们看着电视里直播的画面，震惊之余，也有一大堆的困惑需要研究美国以及伊斯兰问题的专家给我们解释。公众对于各种各样专门知识的依赖使得媒体与知识人之间形成了深刻的依存关系。

另外，我们生活在一个越来越强调分工的社会里，分工的深化使得隔行如隔山，百科全书式的知识人已经成为逝去年代的影像。这样，即使是知识分子之间也需要相互依赖，需要相互之间释疑解惑，这是我们时代一个非常大的特色。所以我们需要各种各样的信息，需要知识分子有一种公共的关注。虽然有社会转型期的强烈要求，我们还是能够看到，在中国这样一个社会里面有许多障碍，使得我们没有办法，或者公共知识分子很难发挥应有的作用。下面是我认为比较明显的一些障碍。

第一个障碍，中国社会在近代以来，大学体制的建立和发展的结果，使得知识界越来越强调研究领域的分工。但是中国的社会本身分工意识还不是那么强烈，也就是说社会的变化，整体社会的变化要慢于知识分子在构建自己专业方面的进展。我们现在都有一个非常强烈的分工意识，大学的建立意味着我们建立了西方人对现代生活的一种分类。知识分子的确面临着这种问题，什么知识是道听途说的，什么知识是我们经过分析、经过知识的传承所获得的，这两者的界限是模糊不清的，我们在大众传媒里讲话，不可以太超越我们的界限，超越之后我们知道说话没底。这种分工意识跟社会本身的生活与我们学者给这个社会进行知识划分并不是一回事。我们也许在百科全书式的学者仍然消失的时代里面，仍然呼唤着这样一种知识人，呼唤能够超越自己的学科，不仅仅局限在学科里面的知识分子，对一些公共事务发表他们的看法，提出他们的见解。这两者之间或许存在着一些紧张或者矛盾。

我想第二个方面的障碍是在这个国家里面缺乏一种理性地进行辩论的传统。前一段时间我一直在研究中国的司法制度问题，我发现在法庭上好像没有大家看到的《刺杀肯尼迪》里面检察官或律师的慷慨陈词，从来没有那种辩论。大家看《古文观止》，里面居然没有一篇演讲词。我们这个国家两千年来都是“这里的黎明静悄悄”，没有激烈的公开辩论。我们与西方的社会历史对照的时候，发现早在古希腊时代，公共辩论和演讲就是相当普遍的。《波罗奔尼撒战争史》里收入的演讲辩论文字占有那么大的比重。我们知道知识分子的长处就是通过言词辩论和文字切磋，使得一般人看不出来的道理能够显现出来。如果没有公开的辩论，没有讲坛上的滔滔雄辩，公共知识分子就没有办法赢得广泛的社会影响力。公共辩论的传统在我们这里完全没有，高层次的知识界也不大组织这种公共生活，说明我们的公共生活的确是空间不大，我们的公共知识分子发言的空间太有限了。

今天，我们不断地强调建设社会主义法治国家，法律人是否通过某种方式来推进整个中国的政治发展和宪政发展？我们能否找到一种实现社会中某一种大妥协的机会？我觉得宪政的建立在西方也好，在其它地方也好，那些建立了宪政的国家都是多元利益之间互相冲突、互相妥协的一个结果。我不久前发表了一篇对于广东省人大审议财政方案的看法，我自己起的标题叫“税收奠定宪政基础”，我觉得纳税人可以对国家权力产生很有力量的制约。英国

宪法发展非常重要的源头活水恰恰是国王向贵族们要钱征税，贵族们忍无可忍，不允许国王这样做下去，所以国王与贵族达成一个妥协，最后制定了 1215 年的《大宪章》。我们看到了税收能够带来的宪政起步的契机。

我们今天也许会通过某种更加具体的制度建设、通过某种技术化的方式去推进中国整个政治文化、政治制度的改变。也许我们应该更多的把宏大的价值跟技术性的制度加以融合，从而使得中国社会能够在不事声张、不经历过分剧烈变化的情况下，逐渐实现一个缓慢的演变，缓慢进入到一个更高的层次，或者叫缓慢地上层次。在这个过程中间，我们法律人或者法律这套知识有非常独特的价值。用这样技术性的东西，也许能够化解我们社会中间价值的冲突。

实际上，我们平常所谓的根本政治制度是由种种细小的制度构成的，牵一发而动全身，我们改变了任何局部的制度、技术性的制度，那么整个制度都会随之改变。我想大家都会记得当年孙中山先生的教导，孙中山认为，中国人不会开会也许是妨碍建立政治制度的重要原因。问题的是我们开了许多没用的会。我们还没有真正学会开会，怎么能够在开会中真正集思广益，真正进行辩论，真正能够焕发起人民在特定问题上或者会议参与者在特定问题上的智慧，所有这些，我们还用力太少。因此，今天的知识界需要更多的制度建设努力，使得我们这个国家能够逐渐走上有序的、理性的轨道。各个学科中的人，各个不同领域中的人，包括传媒中人，今天大家真正要面临的就是一个如《经济观察报》所倡导的“理性”和“建设性”的时代。我想这就是公共知识分子所应当追求的一种境界，或者说是公共知识分子这个概念的题中应有之义。

（原文出自　03-02-10　第 94-95 期《经济观察报》）

上传时间： 2003/2/19　文章来源：雅典学园

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

关于“十大杰出中青年法学家”的评选

by 贺卫方

看了 ddm 网友题为“‘十大杰出中青年法学家’评选可以休矣”的发言，我也颇有些感触，跟上谈点自己的一些想法。

先要说点自己的经历。1995 年中国法学会举办第一次评选时，要求各分支学会以及各省、自治区、直辖市法学会推荐候选人。当时的比较法学会推荐了我，沈宗灵会长很认真地希望我能够提供材料上报。不过，后来的情况证明自己没有多少竞争力——最后获得了一个提名奖。此后我就坚决不再参与这个奖项的评选了。因此，我对这个话题说三道四把握不好分寸，一定会有“吃不到葡萄说葡萄酸”的嫌疑。

俗话说“雁过留声，人过留名”。古来在社会管理的过程中，荣誉的分配就是一件很重要的环节，因为在世俗功利的社会里，荣誉往往与财富以及权力具有密切的关连；荣誉分配的不合理可能直接影响到财富和权力的分配格局。如果一个社会中人们对这三者的分配普遍不满的时候，社会动荡也就为时不远了。不过，虽然分配荣誉很重要，但是，名至实归的境界却很不容易达到。谁主持相关奖项的分配，以怎样的方式获得有关候选人的真实信息，在程序上如何做到透明公正，在“著名的”和“杰出的”之间如何保持合理的平衡，凡此种种，都需要进行认真的思考和制度建设。我们甚至可以将能否长久地维护一种奖励的高水准作为衡量社会治理或专业发展合理化程度的一个重要指标来看待。也许今天中国社会的大弊病之一就是许多评奖开始时轰轰烈烈，但几届下来便江河日下，难以吸引优秀人士关注和参与，甚至干脆半途而废。

“十大杰出中青年法学家”的评选已经举办了三次，共 30 名学者当选，其中的确包括了不少法学才俊，他们取得了公认的学术成就，理应当选。不过，无庸讳言，也有个别人虽然也有一定的成绩，但是却算不上杰出，担当不起“杰出法学家”的名号。另外，比当选者更优秀的学者却由于种种原因而不能当选。这样的状况持续下去无疑将削弱这项荣誉的公信力，导致 ddm“可以休矣”那样的议论的越来越多。

问题出在哪里呢？首先是选才范围不够广泛。奖项由中国法学会评选，名称也经常宣传为“中国的……杰出法学家”，于是不明就里者就会误认为这是在全国范围的法学界内选才。其实，上面说过，推荐候选人的机构是中国法学会下属的各个分支学会和各省级法学会，这些推荐机构也只是在本会的会员里选择。但是，并不是所有的法学学者都隶属于上述学会；中国法学会之外还有独立的法学研究学会。更有一些优秀学者根本就不参加任何官方学术团体的活动。我的同事朱苏力教授前些年就不大参加各种学会，邓正来先生被朋友戏称“文化个体户”，连个“单位”都没有，季卫东教授虽然法学研究成绩斐然，但是却在神户大学任教（仍然是中国国籍），类似的情况还有一些，这些“体制外”的学者就不大有机会进入候选人行列，“山野有遗贤”的情况经常发生也就不足为怪了。

第二个原因是评选者往往过于注重“著名”，而对怎样才是杰出缺乏认真的考虑。既然是杰出法学家，那么考量的标准就应当侧重一个学者是否在学术和思想方面具有原创性的成就。当然，这样的衡量对于评选机制有更高的要求，评选委员们要能够将候选人的学术成果放在学术历史的谱系中去称量其斤两，否则就难免盲人摸象，良莠不辨。眼下评选的问题便是过于注重“名气”，而所谓名气往往是因为候选人担任某些官职，例如担任法学院院长或副院长的候选人比起只是一个教授者更容易当选，副教授比起教授来当选的难度要大（实际上，目前不少副教授甚至年轻的讲师要比许多教授更杰出）。在这里，我们看到了另一种交易，即有权者就容易获得更大的荣誉。“纱帽底下好题诗”；官职高，“学问”也就大，也就不能不“杰出”了。

操评选大权者中的一些人权威性缺乏是第三个原因。既然是评选杰出法学家，自然应当由资深的杰出法学家来评选。我不十分了解评选委员会的具体组成人选，但是，我知道中国法学会的一些主事者自己压根儿称不上是法学家，他们中的不少是退居二线的高官。评选委员中这些人就占了相当的比例。以外行评内行，以非学者评学者，怎么能够让人服气？即使有高额奖金，也将造成“贤者避世”的后果。这样的评委构成，能够评出真正优秀人才，那反而是一种意外的后果。

子曰："笃信好学，守死善道。危邦不入，乱邦不居。天下有道则见。无道则隐。邦有道，贫且贱焉，耻也；邦无道，富且贵焉，耻也。"夫子讲的不就是这样的情况么？

发了一通议论，网友们也许早已感到其中的盎然醋意了。说句套话——不妥之处，请大家批评。最后说一句，这类议论本身说明咱们还是希望这个奖项能够名副其实，"哀莫大于心死"，我们属于"人还在，心不死"之类，是所谓更可哀的人也未可知。

2003 年 2 月 9 日

附：绿竹幽径论坛上的讨论

"十大杰出中青年法学家"的评选活动可以休矣！

【ddm】 2003-1-29 23:58:46

全国"十大杰出中青年法学家"已经评选了三届，共计三十位"杰出"人物。但是仔细思考一下，这类评选的意义何在？是为了奖励他们的贡献吗？似乎不是，因为并没有像诺贝尔奖那样的巨额奖金发放。前两届好像只是发了个证书；这一届搞得动作大些，也不过是在人民大会堂召开了发布会(招待会？)，发了一个特制的奖牌(有无奖金发放，俺还不清楚)。

"十杰"的具体评选规则好像没有对外公布。从其操作过程来看，大致是每个省、自治区、直辖市分给若干推荐名额（当然是北京的名额多些，其他地方少些甚至没有），至于推荐过后，谁有投票权，如何计算票数等等，俺还没有搞明白。

不过，每看到评选"十杰"之类的消息时，俺总有两个联想：一是，好像不少的"全国十大优秀企业家"后来都落马了，有些黑社会人物也曾经当选过当地的"十大杰出青年"什么的。二是，周星驰好像在几部电影里扮演过"香港十大杰出青年"的脚色，是令人发笑的噱头。虽然法学界的"十杰"和这两者并不一样，但是俺仍然对其存在意义生疑。从评选的结果来看，有众望所归的人物当选，也有并不知名的人物当选（俺怀疑可能是出于照顾政策的考虑，例如照顾老少边穷、无知少女等等），由此必然导致无谓的纷争。曾听张卫平教授调侃地说过，第一届评选时，年龄定在 40 岁以下，那时他已经 43 岁（42？），正好在线上，失去了评选的资格。第二届评选时，年龄上限放宽到 45 岁，但是他已经 46 岁了，又没有赶上。唉！真是一步误，步步晚呀！

其实，谁的水平怎么样，学界自有评判，既不会因某人当选为"十杰"而使人对其学术水平刮目相看，也不会因某人不在其中而认为其技不如人。既然这样，还评选"十杰"作甚？

俺怀疑，这可能是某些别有用心的人故意挑起法学界的人事纷争，人为地列出上中下三六九等，使法学界混同于官场政客。

俺建议，以后不必再评选什么"十杰"了。如果要评选，就划分每个学科分别由各该学

科的专家进行，并考虑民意，而且最重要的是，对当选者一定要奖励个三、五十万元。这样才能体现出对知识和人才的尊重。

【野荷濡月】 2003-2-3 12:15:32

刚刚看了贺先生的帖子，联想到《从程序角度看“长江读书奖”的缺陷》那篇文章。对于评奖而言，程序是一个很重要的问题。而太多的评奖又往往重在兼顾利益的平衡，比如，参加辩论赛，一般来说把最佳辨手的荣誉给负方；选手参加一个由打分决胜负的比赛，往往是庄家轮流坐。“十大杰出中青年法学家”的评选也体现了这种利益平衡的倾向。而且其中又涉及到门户的问题。且不说“文章千古事，得失寸心知”，学者的价值要由历史衡量，但是在法治的理念下，程序的缺欠足以危及到当选的荣誉。

程序有时候，是显得有些冰冷无情。比如，我接触的赵晓力老师，他是我所见的极为坚持程序和原则的人，开始觉得他冷酷无情，后来我在未名 BBS 上看到他对于北大老教师西二旗住房发的一贴，他说，那里也有他的导师，希望学校不要苦了他们。寥寥数语，我却感到了他的热情与正义。其实他的程序理念也受到了沈先生的影响，在他考博士的前几个月，沈先生便不让他再与导师联系了。其实，程序正是为了保证更大范围内对个人的尊重，而当我们还不习惯于程序思维时，便会对坚持程序的人产生感情上的误解。我们会理所当然地以为，导师应当呵护自己的弟子，却忘了在自己的弟子之外，他还有更多的学生。

正如贺先生所说，“如果大家都视功名如浮云、贱货利如粪土，那么根本没有必要也不可能设立这奖那奖的。”即使闲云野鹤也很难“跳出三界外，不在五行中”。而在目前制度下获胜的人，只是适应这个制度的人，不一定是最优秀的。但是目前利益的机制到底是在树立程序理念，还是在摧毁人们对程序的坚守呢？

【彭扬武】 2003-2-4 22:19:47

很多官方的评选活动总是让人难以信服，好像是缺乏一个明确的标准，自由心证的东西比较多。

记得汤用彤先生的作品被政府嘉奖后，他很不高兴：我的东西为什么需要他们来评价！

如果“长江读书奖”的程序更加公正的话，我觉得许多人都愿意更多这种奖项出现的。

【ddm】 2003-2-5 22:39:13

中国的各类官方或者准官方操办的评奖评优总让俺感觉怪怪的。程序不透明，过程不清楚，结果看不懂，重精神奖励，轻物质刺激，等等。这样的评奖是能够促进学术研究呢，还是挑起了无谓的攀比、争论、拉帮结派、勾心斗角？俺觉得似乎后者更为严重。

中国法学会下属的各种法学研究会会长、副会长以及正副秘书长等等职位，已经把某些学科的学者们搅得心烦意乱、四分五裂了，“十杰”评选是否也会落得如此结局？

上传时间： 2003/2/9 文章来源：作者授权 本文由法律思想网整理。转载请注明

出处。

关于本人暂停招收硕士生的声明

——致北大法学院暨校研究生院负责同志的公开信

by 贺卫方

北大法学院暨校研究生院负责同志：

现行法学研究生入学考试设计存在着相当严重的缺陷，考两张综合卷涵盖多达十门课程，这种打着对考生全面考察旗号的做法实际上产生的后果却是削弱了考试应有的专业偏向。尤其是法律史和法理学专业，这样的考法足以让那些爱好理论和历史、并且对此已经有大量阅读（因而很可能“偏科”）的考生被卡在门外。试图通过增大复试权重的政策趋向也不足以弥补其中缺陷：第一关没进来的不说，即便是那些进入者也必然面临着选择专业的彷徨和混乱，同时就法律史而言，通常课程设置多在大一阶段，两年多之后的考研过程中又不需要有一点点涉猎。到了复试阶段，考法律史则考生无法回答，不考则何以判断他们是否适合做法律史专业的研究生？今年复试，匆忙上阵的考生对于法律史的基本知识都难以回答，最终四个名额却只有一个过关，老实说，这样的考试对于学生而言也是很不公平的。

对于这样的质疑，有一种回应是，我们可以通过扩大免试保送生的方式减少选择的盲目性。不过，保送制度本身的正当性是大可怀疑的。根据我校官方网公布的 2005 年度录取情况，免试生的数额已达到 47 名（其中本校 30 名！），远超过法学硕士生招生总数（110 名）的三分之一了。保送生多，意味着通过平等竞争进入者机会的减少。保送生选拔的标准是本科阶段的考试成绩要名列前茅。但是，据我个人的有限观察，相当多的优秀学者读本科时的成绩往往只是中上而已，甚至由于前面提到的“偏科”原因，成绩有畸高畸低的情况。如果按照各门成绩都必须达到前几名，这些人当然就只能被排除在外了，结果必然是研究生中太多考试型而非研究型人才。

我认为，在已经有了以实务人才为指向的法律硕士之后，法学硕士基本上应致力于培养学术人才。而我院现行的法学硕士招生考试制度是与这个目标背道而驰的。在不久前有研究生院有关人员参加的我院教师座谈会上，绝大多数教师都表达了对于这样的制度的强烈不满，我也曾对为什么我们应当回归 2003 年前的考试模式系统地谈了自己的意见。但是，现在的情况却是，即便教师都反对，决策者却依然我行我素，理由是这种研究生入学考试模式乃是教育行政部门的意旨。这样的情况表明在有关学术制度的建立方面，大学并没有必要的独立性，教师群体则更是一个不折不扣的弱势群体。弱者的选择也许只能是退避，因此，我决定自 2006 年起，不再招收法律史专业研究生。

特此声明，并致

敬礼！

贺卫方

法学院教授

2005 年 6 月 23 日

上传时间： 2005/6/27 文章来源：学术批评网

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

关于法治与法学研究

1998 年 11 月，北京大学法律学系曾为挑战者杯学生优秀论文比赛举行颁奖典礼暨学术讨论会，作者应邀出席并作了即席讲话。本文系该系学生王瑛根据录音整理而成，作者又作了少许修订。

我觉得我们今天在这里度过了一个极其难得的夜晚，有对现实法律问题的深入思考，有层次很深的法哲学分析，有很精彩的对话。刚才我的同事张骐老师说他通过今天晚上的活动有很多收获，我觉得我的收获肯定要比他更多。作为一个大学教师的乐趣之一，就是永远跟这个国家里最优秀的年轻人在一起，在学问方面相互交流、切磋。学生们不仅仅身上洋溢着令人感动的青春活力，而且在今天这个知识的流通途径愈来愈多样化的时代，学生们所掌握的知识，愈来愈成为对教师的一种挑战，让你感到自己不能老，不能放弃对新知的追求，永远保持一种年轻的心态，最好是永远不离开这个世界。（笑）

主持人给了我一个任务，让我最后给今天的讨论作总结。但是，这是个太艰巨的任务。我只能谈点自己零散的想法。自己感到高兴的是，最后的发言人不会有反驳者。（笑）听了云昌智同学的发言，我感到你读了不少书，而且读得很扎实。你的文章所涉及的问题也是我们研究法理学的人们最近这几年都在思考的问题。对于这类问题，说实在话，我个人也常常处在困惑之中。你的文章似乎体现出中国与西方明显的两分法倾向。但是，在我看来，现在这个世界上，谁是中国人的问题不那么容易判断。从国籍上说，我是中国人，你是美国人，但是，从文化上说，有时候就不免有些糊涂了。经过多少世纪的不断交往，不同国家、不同民族之间的文化已经是我中有你，你中有我了。国籍并不能等同于文化。同一国籍的人之间，文化也越来越多样化了。不久前，我参加一次学术活动，与我的一位大学同学一起跟研究生座谈。我的这位同学是研究儒家学说的，他认为中国人之所以能够立于世界民族之林，正是因为在文化上我们坚持儒家传统。中国未来的制度建构和社会建构，都应当以儒家学说作为基本的指导，作为主旋律。我当时就很不以为然。我说，对你老兄这个观点，我实在是不敢苟同。你是不是有点儒家帝国主义的倾向啊？中华民族现在已经不是一个汉民族可以笼而统

之的了。在这九百六十万平方公里的土地上，生活着那么多的各种不同的民族；生活着回族兄弟，生活着傣族兄弟，生活着……那个少数民族的名字叫什么来着……我一下子想不起来了。（笑）我们有我们的文化，他们有他们的文化，他们也有他们的孔夫子，回族兄弟有穆罕默德。实际上，今天我们无论是从政治和地理的角度说，还是从文化的角度说，要建构未来的中国，把两千年前我的那位山东老乡的学说作为全体中国人都必须尊崇的思想，作为立国的根本，都不免霸道了些。

具体到我们每个人，你仔细地观察，我们虽然在物理空间上生活在同一个世界里，但是相互之间的观念和思想却很不一样。你们都知道，我们系的苏力教授关于法律的本土资源的论述在今天很有影响，他本来在美国留学七年，回来后却提出了本土资源的理论。而我这个在农村生活过很长时间的人观点跟他却有所不同。惩罚了打秋菊丈夫的人的那种现代法律，它的作用究竟应当怎样评价，恐怕不是一个简单的问题。我的经验，中国农村的秩序现状，多多少少有点“强权公理”的特征。当然，这种秩序的形成并不是一个很简单的过程，有它特定的历史背景。在某种特定的历史语境下，它有它的合理性。近代以来，国家权力之所以能够那么迅速地渗透到社会的底层，发生所谓“政权内卷化”的现象，在很大程度上，是因为我们古典的农村社会秩序缺乏一种真正意义上的公共生活空间。对于掌握权柄的人，我们没有多少制度的设置对他加以制约。在这种情况下，西方制度与观念的引入－－当然，西方也是一个特别复杂的概念，它的范围也是极其宽泛的，国与国不同，人与人不同，西方有孔夫子，中国有华盛顿——毕竟给我们提供了一个可能的选择和借鉴对象。它告诉我们，世界上还有另外一种秩序安排方式，另外一种生活方式。当然，任何选择都不会是没有代价的。我们不该把法治想象为一种完美无缺的境界。如果说，有人要追求完美无缺的法治，那么，你文章的标题——“法治的贫困”——就正好可以作为对这种法治观批评，这样的法治是要走向贫困的，不仅是贫困，甚至可以说是破产。但是，就我的观察，目前的法学界持这种法治观的人毕竟只是极少数。因为，法律家最应该知道，法律之所以成为人类的需要，之所以能够总是伴随着我们，正是由于人类是有缺陷的动物，而且这种缺陷是无法根除的。由于这种缺陷，我们建立的法律制度也就不可能是完美无缺的。你追求某种价值，不可避免的就要付出丧失另外一种价值的代价。

说了这么多，我只是想强调，我们平常总是爱说中国如何，西方如何，两者之间的差异如何，但是，要警惕的是，不应当把某种划分给凝固了，给永久化了。其实，这里边有某种以想象代替实际的倾向，人们想象的那种所谓历史的连续性实际上充满了断裂，充满了不一致。一个民族文化的内部到处可以发现不和谐的现象。所以，人为地在不同的民族、不同的文化之间树栅栏，划界限，可能并不是一种可取的态度。在这个问题上，我觉得我们的老校长胡适的观点来得最开放，也是我最喜欢的一种文化立场。这是第一个方面。

第二个方面，我觉得对于致力于制度建设和社会建设的人们来说，某些时候要意识到他们与纯粹科学研究的人们不一样。云昌智同学刚才说的这样的话很好，他说如果没有激情，很难成就一项事业。法制建设是一项伟大而艰巨的事业，要在建设法治的过程中有所成就，是抱着一种科学家的冷峻态度去做事呢，还是以一个革命家－－当然，这个词可能不太好，我们还是用制度建构者吧，以一个制度建构者的热情去做事？也许这两种态度都是需要的。一个人可以有他的阶段性，某个时期更热情些，某个时期又冷静下来。人们时时要有个角色意识，在你从事制度建构的时候，不要总是过于理性，一味地只是以一种解剖者的眼光去审视一切事物。不知道这个比方妥当不妥当，在我看来，建设法治也有点儿像谈恋爱，一味地用探索真理的姿态去追求的话，你就没法产生爱情。你去追求你的男朋友或女朋友，人家明

明是玉树临风，婀娜多姿，你却总是去挖掘他或者她身上的缺点，或者想象人家五十年后老态龙钟、呲牙裂嘴的样子，（笑）如果能够产生爱情，那真是咄咄怪事。钱锺书先生曾说评诗不应以历史家的眼光去观察，否则就好比用爱克斯光镜去审查和判断一个姑娘的美貌。爱克斯光镜当然是很深刻的，深刻到看得见骨头，不过那毕竟是大煞风景的事情，而且也很难说那就是真实。

当然，在任何时候，我们都需要有一种警觉，要提醒自己，无论多么美好的东西都要有代价。有了这种警觉就够了。对于今天的中国社会来说，对法治的理想－－不是理想的法治－－进行严厉的解剖甚至解构为时尚早；我们还没有那个资格。人家是过胖，要减肥，而你却炫耀自己的瘦，不知你是因为营养不良才这么瘦的。（笑）我们现在还是要抓紧一切机会，先把营养跟上去，先胖起来，再说减肥的事不迟。

另外，现在人们倡导以批判的立场对待外国的事物，这当然是不错的。但是，批判的前提是了解。我深切地感到，我们对于西方法律制度与法律思想的了解是很不够的。比方说，我们知道，德国的法学是十分发达的，对其他非西方国家的影响也是非常大的。然而，就今天的中国法学界而言，我们能够数出几个德国法专家来？不久前，“英国法律周”在北京举行，我们不妨想想，中国是否有一位英国法专家？中国学者中，读过梅特兰的《英国法律史》的学者有几人？可以说，没有一位英国法专家。研究美国法的人比较多，但是，要数出几个真正扎实美国法专家也是一件不太容易的事情。在这种情况下，我们动不动就说西方的这个也不对，那个也不好，其中到底有多少道理呢？进一步说，即便将来我们有了许多外国法专家，在对待外来知识方面，保持学习的态度也是必要的。况且知识的交流和这种交流对于制度建设的影响也不见得都是学者们能够认识和阐述清楚的；社会制度的演变也受到某些非理性因素的影响，例如集体无意识、历史过程中的偶然事件等。心理学家荣格将无意识与意识跟人的睡眠与清醒相对应。其实人即使是在清醒的时候也可能对某些他不可能意识到的现实存在保持无意识；并非由于他不清醒，而是文化会造成视觉上的盲点。因此，在对待法制建设的问题上，我们不妨放松一下心态，不把某种观点看得太绝对。

以上是我对今天晚上大家讨论的一个粗浅的总结，而且只是局部的。王瑛同学还希望我能够利用这个机会谈一下法学研究的方法和法学论文的写作技巧。我平常也会碰到一些同学，他们很想做些研究，试着开始法学论文的写作，于是问我怎样才能写出好的法学论文。每当遇到这样的“请教”，我心里都不由自主地“咯噔”一下，这虽然不是“与虎谋皮”——不，应该说是“缘木求鱼”，（笑）也差不多可以说是“问道于盲”了。如果大家要问我怎样能够写出一篇糟糕的法学论文，那我倒是可以给你头头是道地讲上三条五条的。（笑）大家不要笑，我真诚地感到要写一篇优秀的法学论文是不容易的事情。如果硬要我说的话，我的粗浅的看法，要搞好法学研究和法学写作，以下四个因素也许是我们要注意的。

第一，法学是一个具有博大精深传统的学科，它有自己独特的语言和相对独立的研究方法。任何人要在法学研究方面有所建树，都必须对这门学问的传统有所了解和领悟。我们法学专业培养的目标，是要让每个人都学会像法律家那样思考问题，也就是英文所谓thinkinglike

a

lawyer。这意味着法律家思考问题有自己行业化的角度，分析和解决问题有自己的方法，

这种角度和方法不同于其他领域的人们。可以说，法律家是戴着法律的有色眼镜去观察世界的，所以在他们的视野中，社会的方方面面就呈现出法律的色彩。这学期我给研究生和双学位课程班的同学们讲课，第一讲都是法律家思考和分析问题的方法。这种法律家的角度有什么特点呢？比方说，法律家虽然也关注道德问题，但是在具体分析一个案件的时候，他并不把法律和道德问题混在一起谈，不以道德标准取代法律标准。他需要学会权衡不同的利益，通过司法判决对良好的社会关系的形成加以引导。在分析一个案件的时候，他需要将其中的事实问题和法律问题加以区分，事实问题是那些需要由证据作出证明的事项，而法律问题则是那些需要通过法律解释加以解决的事项。我曾读过一篇美国学者写的文章，认为这种区分实际上仍然是具有很强人工色彩的，但是，在我看来，这种人为的划分对于我们设计诉讼制度和司法管理制度（例如上下级法院之间的事务分工）是非常重要的。

正是上面这类思考问题和分析问题的方式，使得法律家集团对社会关系的调整独具特色。同时，法律家之所以能够形成一个职业共同体，也是由于其中所有的成员们都分享着这样的思考和分析问题的方式，分享着这个学科的伟大传统。这种以知识为基础的制度使得法律家解决问题的方式不在是恣意的，而是受到了共同体成员极大的制约，他们的决策具有了法治所需要的可预期性。人们经常说，法治就是法律规则在社会管理过程中具有至高无上的地位。但是，“徒法不足以自行”，法律条文不可能没有漏洞，实际上，占据至高无上地位的不是法律规则本身，而是那些只能通过法律家的方式思考和解决问题的职业者。法治乃是那些由于训练和相关的制度而不再能够任意决策的人们对社会的统治。法律教育的目的也在于使得未来的法律家们能够领悟和学习这样的方式，将它们化作一种内化的知识，一种身体化的记忆，这就离不开对这门学问悠久传统的认真研究和不断解释。

第二，法学研究要有一种关注社会的维度。这是必然的。法律家不同于哲学家，更不同于数学家，后者可以呆在自己的书斋里，靠知识和想象力去展开研究，取得成果。法律家则不然，他必须将人所构成的社会纳入他的视野之中，他所分析和解决的任何问题都是社会问题。他要对社会关系中的矛盾具有相当的敏感，时时地将来自社会的活生生的问题与自己的知识和理论相对照，提出自己的解决方案。社会生活是法律发展和法学研究进展的源头活水。我特别高兴，今天发言的王佳明同学能够选择在内蒙古发生的那起电话费纠纷作为他论文的研究对象，对于这种社会现实中发生的问题作出及时的分析和解答是极有意义的。当然，我们必须承认，社会也是一个颇为复杂的研究对象，有时候我们会在对社会问题的认识和判断方面发现不同的人观点很不相同。社会不比一个具体的、有形的物件，例如，一个病人，我们可以把他放在诊室的床上，让医生们给他会诊；当我们面对一个社会时，你会发现时时有一种茫然无所措手足的感觉，而且也会发现，你个人也是研究对象的一部分，你没有办法完全罢免你个人的某些先入之见的投入，于是人与人之间的差别就是必然的了。不过，如果我们从积极的方面去观察，这种“仁者见仁，智者见智”的状况又未尝不是一件好事情，因为它给我们提供了丰富的选择资源。不同的社会观的存在和它们之间的碰撞对于一个社会的改善是有好处的。没有人可以垄断对于某个社会问题的解释，我们最好能够在研究和解释社会时保持一种更为谦逊的态度。

第三，我们从事法学研究的另一个源头活水是古往今来的伟大经典，我在这里强调的是法学之外的经典著作。世界上没有完全自给自足的学科，法学更是经常在其他学科的理论和知识的推动下发展。我们来到大学，进人不同的专业，一方面要学习这个专业领域里的知识和技能，但是，另一方面，我们是来到这里接受高等教育的，通过四年的学习，我们从一个高中毕业生变成了一个掌握了人类高层次学问的人，这里不仅仅包括技能，更包括学养，包

括趣味，包括许多超越 know-how 的东西。用从前在清华大学曾流行的一个说法，是要成为"博雅之士"。我想，作为北京大学这样一所著名学府的毕业生，也应当是一群博雅之士，而不能只满足于成为熟练的工匠。要成为博雅之士，我们不能不认真地在经典的阅读方面下工夫。50 年代前后，美国的不列颠百科全书出版公司曾出版过一套名为"西方世界伟大著作"（Great

Books of the Western

World）的丛书，包括从荷马到弗洛伊德数十部经典著作。不久前，坊间里有一本名字就叫《伟大的书》的书，像是一本西方经典著作的导游手册，让读者能够知道在哥伦比亚大学，教授如何教经典课，学生如何学经典课，人们怎样理解这些经典，它们对今天的人与社会有怎样的价值，大家不妨找来读一下。当然，作为一个中国的大学生或研究生，我们还需要对我们自己历史上的经典著作深入阅读，这是不消说的。

阅读经典可以使我们的法学研究建立在一个更高的基础之上，可以在与那些伟大的作者之间的对话过程中思考我们的处境，吸收前人的智慧，寻求对今天社会问题更合理的解决方案。

第四点，也是最后一点，从事法学研究的人需要对自己有所了解，尽可能地从事符合自己性情的研究。我们观察不同学者的研究成果，会发现法学研究成果的视角、风格乃至观点都跟研究者本人的性格、经历以及知识修养有密切的关联，这也可以说是个人的"本土资源"罢。能够取得大成就的学者往往是那些找到了并且最大限度地发挥自己的本土资源的学者。从这个角度说，做学问比较忌讳用某个固定的模子套自己。大家都知道梁启超曾谈到他跟康有为之间的差别，说康有为大器早成，观点是一成不变，而梁启超本人却是不断变化，不惜以今日之我非昨日之我。他们两位都为中国近代学术思想发展作出了巨大的贡献。假如他们找不准自己的学问路数，康有为要像梁启超那样，文学、历史、经济、法律、小说、翻译等等无不涉猎，恐怕要把这位"南海圣人"难得跳到海里去。反过来，情况也是这样。当然，对自己究竟适合做什么类型的学问的把握需要时间，需要经验，有时也难免走弯路。在座的我看不少是九七级的本科生，你们肯定还处在迷茫彷徨的阶段。这是正常的，不要急，也急不来。重要的是要树立远大的志向，要有所追求，同时要扎扎实实地读书，要看到，在这个时代，我们学习法律的人任重道远。我想起二战时期英国首相丘吉尔的一则小故事，请允许我用它来结束我今天的讲话。

丘吉尔先生有个爱好，就是喜欢杯中物——爱喝酒。二战期间，英国妇女界对首相饮酒问题很关心，认为这会损害首相的身体。于是她们就派了几名代表去见首相，提意见。这几位代表绘声绘色地描述饮酒的可怕，并说首相这些年来喝的酒，如果盛在这间屋子里，一定会到半墙那么高了。丘吉尔一本正经地问："真的么？都到一半了。可是……"他的眼神从墙的中间处向上看，"哎呀，上帝啊，上面还空着这么多。我要喝满这一间屋子，任务实在是太重了。"（笑）我们建设法治，也有太多的"美酒"要喝，让我们大家共同努力，开怀畅饮，一醉方休！（掌声）

1998 年 11 月 30 日改定

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《运送正义的方式》

关于审判委员会的几点评论

经过一段时间的细致调查和访谈，苏力先生撰写了这篇关于审判委员会（以下简称审委会）的重要文章。在我看来，这篇文章的重要性与其说是在于对审委会这一制度在中国基层法院存在的合理性作了一番“温和的辩护”，不如说在于，像他以往的许多研究一样，提出了我们在评价一种制度时所应当注意的方法与视角。文章提醒我们，在法律制度的设计方面，没有放之四海而皆准的方案；审委会在中国，尤其是在基层法院的存在，具有语境化的合理性，因为在中国社会“事物的逻辑”中，我们的法官们面临着与西方国家法官不同的问题。由于防止腐败的需要，由于有助于统一特定管辖区的司法标准，由于在可见的将来基层法官的素质还难以有相当的提高，更重要的是，为着减轻法官所承受的压力——因为基层法官大多生活在一个较小的由熟人组成的社区之中，同时他们不仅要适用法律，而且要判断事实，因此，审委会的存在，至少对于基层法院而言，对于保障更为良好的司法是必要的，或者说是利大于弊的。甚至存在着审委会这一事实也并不意味着我们缺少司法独立，因为在任何国家里，司法独立都不必然表示法官在判决过程中不受外部影响。我们所需要或能够做的，是在现有的基础上，进一步地抑制目前审委会运作过程中的某些缺陷，例如专业化不足，以及某些导致审委会审查过多案件的因素等。

在近年来自己对中国司法制度及其改革的研究过程中，我也偶尔涉及审委会制度。苏力也提及我的某些观点，当然是对审委会制度持更多批评的观点。今天，对照苏力的分析，自己也感到这种批评或多或少有些简单化，有些“胡子眉毛一把抓”。我也曾经与不同地方的基层法官有过很多交往，在自己的论述中，也曾为缓解在一个熟人社会里生活的法官们所可能承受的巨大压力而提出某些解决思路。[注释]但是，思路没有苏力的文章来得细致，同时也没有对基层司法与高层次司法之间可能的不同给予应有的注意。

尽管如此，对于苏力的一些观点，我还是有些质疑。第一个质疑涉及司法过程的性质问题。我们都知道，司法的主要功能是解决纠纷和给刑事犯罪以应有的惩罚－－在刑事被告人破坏了国家力图维护的秩序，从而导致国家与被告人之间冲突这个意义上说，刑事案件也可以说是发生于国家与被告人之间的纠纷。而随着近代以来社会的变迁和民主观念对司法制度的影响，司法功能的实现越来越不单纯地依赖暴力，而是由当事人将纠纷提交到法院之中，法院并非简单地依据单方面的指控对纠纷加以解决，而是要提供一个公开的论坛，给双方以平等的机会，在严格的程序规则下，通过双方提交证据和对证据加以对质，从而使案件得到最终的解决。

我们可以看出，在这个过程中，主持诉讼过程并最后对案件给出解决方案的法官乃是十分关键的一个角色。当事人及其律师在法庭上费尽心机、唇枪舌剑，目的就是一个，那便是说服法官相信自己方面的主张是更有理的，更合法的。这样，在整个庭审过程中，法官就必

须全神贯注，必须具有裁判者所应当具有的权威性。这种权威性是与主持审理的法官握有最终的判决权这一事实密切关联的。假如当事人及其律师知道他们面前的法官并不享有判决权，或者说“重大疑难”——这是极富弹性的概念——案件都要由法庭之外的审委会成员作出最后的裁决，他们又如何将法庭作为主战场呢？所谓“案件一进门，各方都托人”，原因就在于能够影响司法结果的不只是法庭上主持审判的那一位或几位法官。如果你能够托到那些有权管审判法官的法院官员，那么审判法官这边托不托甚至可以是无关紧要的。相反，如果大家只能在此公开的法庭上通过相互对质来解决纠纷，主持审批的法官就是作出判决的法官，那么一起案件从诉讼到判决便始终发生在双方当事人的眼前，律师、当事人以及旁听者都将构成对法官的严格监督，这恐怕是保证司法公正的非常重要的一个条件。

苏力引述被调查法官的观点认为审委会有助于抑制司法腐败，因为独任法官或合议庭法官是一人或三人，相对来说更容易被贿赂，不像审判委员会由十人左右组成，较难“买通”。所以，将案件的决定权赋予独任法官或合议庭势必增大司法腐败的可能性。但是，在我看来，腐败的可能性只是在一定条件下与参与决策的人数有关，更可能的腐败机制（或者说抑制腐败的机制）与决策方式有关。我们也可以针锋相对地说审委会判案更容易腐败，因为它可能为某种外部干扰提供进路。重要的差异在于审委会的审议和决策是在完全摆脱了当事人及其律师——甚至检察官——监督的情况下进行的。[注释]当事人清楚地知道某个具体的法官握有决定权，固然可能引发对该法官施加影响的动力，但是，在另一方面，决策主体的显而易见，又可能引发法官的公正追求——决策人摆在明面上，监督就会变得切实有力（因为他无可推诿），对自己的人格负责的心理就会很强烈（因为这是我个人或我们三人一手办的案件）。[注释]因此，我们可以说，权力是否腐败主要取决于行使权力者的素质及其制度环境，而不是参与决策者的数量。如果制度设计合理，即使一个人决策，腐败也很难侵入；制度设计不合理，则三千人的决策机构也可能甚至更容易腐败——责任可以因为人多而趋向模糊，荣誉可能由于人多而微不足道，少数人可能因为自己难以与“沉默的大多数”抗衡而心灰意冷，放弃抗争。因此，就司法制度而言，抑制腐败的根本出路还是提高司法过程的透明度，通过同属法律家共同体成员的律师和检察官的监督，通过利益与诉讼过程密切关联的当事人的监督，以及通过大众传媒的监督，使法官在公开的法庭之上公正地决策。

司法过程的另一个特色是它的过程与结果并非判然两分。一般人会想象法官在听取全部证据和辩论之后作出最后的判决，但是，实际上法官在诉讼过程中往往要对许多与案件最终结果有关的事项作出决定，这些事项有些涉及某个证据的可采与否，有些涉及程序的调整，有些则是对某些争点加以确定。[注释]对这些“零碎”事项的决定权乃是司法权的重要组成部分；最终的判决往往是法官在听审过程中许许多多有形的判决与内心的确认累积的结果。然而，在审委会行使最终决定权的案件中，那些握有终极权力的人们大多并没有参与这些“审间决定”的制作，这样必然导致两者之间的脱节，从而损害司法过程的完整性，也增大了司法决策的随意性。

不仅如此，强调司法过程的亲历性还因为法官是一种需要察言观色的职业。早在两千多年前，我们的先人就阐述过“以五声听狱讼”的道理。[注释]试想，在法庭之上，当律师询问对方证人某个问题的时候，该证人作了回答，然而此过程中，证人语气有些迟疑，同时脸色也有片刻的不自然，那么法官便会在心里有所警觉，就要通过更多的其他证据对该证人的证言加以验证。这种在不经意中揭露诡诈、于细微处发见真情乃是司法过程最具魅力的方面，同时也是终极决定得以确立的基础。

然而，审委会的成员们却不了解这些，他们只能依赖承审法官的汇报，而我们都知道，汇报是一种概要的转述，之后的讨论以及决策只能以汇报者的言辞以及某些同样很概要的文字材料为依据。事实上，这种方式本身就存在着加剧司法随意性的可能。山东省聊城中级人民法院的几位法官撰文说："承办人员汇报案件沿用几十年来的口头形式，主观随意性大，即使汇报与案件事实有出入也难以及时发现和查纠；特别是有的承办人员口头汇报时，事无巨细，拖沓冗长，层次不清，重点不突出，导致有的委员对已汇报过或已被询问的案情反复询问，人为地拉长了会议时间；同时，承办人口头汇报，审委会委员像答记者问似的即席讨论答复，没能给各委员留出分析研究疑难复杂案件的必要空余时间，使得他们无法事先针对案情进行全面深入地分析研究，仔细研读有关法律法规，往往很难保证裁判质量。经过审委会研究的案件又被审委会改变裁判意见的也时有所现，造成不必要的重复劳动。"[注释]这几位作者认为可以通过改即席口头汇报为提前书面汇报，某些重大但非疑难案件省去听取汇报阶段而直接讨论，以及将表决方式由"随声附合"改为举手表决和必要时的投票表决等措施而使审委会制度得以完善。然而我认为审委会的缺陷来自于这种制度本身；除非在遇到疑难案件时让审委会全体成员都上庭成为主审法官，每个人都听取案件审理的全过程，[注释]否则，审委会办案必然是与庭审过程相脱节的，审委会永远会是加剧司法随意性的一个因素。

苏力的文章特别细致地讨论了决策法官所处的熟人社会的生活环境以及我国司法体制里法官既确定事实又适用法律给法官带来的巨大压力，需要审委会作为一种制度化的保护机制，来分担独任法官以及合议庭的责任。我十分赞同苏力对我国法官处境的分析，也主张建立必要的责任分担机制，从而使法官不必总是需要以身家性命作为代价去追求公正的司法。但是，审委会是否是解决这个问题的最好办法，或者采用审委会是否在前门挡住了狼，却从后门放进了虎，我仍然有些不同的看法，这是第二个质疑的方面。

熟人社会对司法制度的影响是一个颇为复杂的问题。其实，与其说熟人社会是个描述性的概念，不如说是个分析性概念；在每一个具体的社会——一个村镇，一座县城，一间工厂，一所大学——中，人们由陌生而渐趋熟人化乃是一种常规。例如，在美国这样一个典型的陌生人国家里，构成社会的一些细胞却往往是熟人社区。托克维尔曾考察过新英格兰地区的乡镇，从他的描述中我们可以看到，由于人们积极地参与公共事务，选举地方官员，确定税收标准，作为陪审团成员参加审判，那里同一乡镇之中的人们相互之间的了解和熟悉程度或许要高于我们的村镇，利益的共同性也高于我们的村镇。[注释]至于欧洲大陆国家，村镇的稳定性则更超过美国。然而，在欧洲大陆国家，为什么在没有陪审团分担专业法官责任与压力的情况下，司法的决策模式仍然与我们这里不一样呢？

说到底，法官所承受的社会压力是与特定社会的政治文化传统相关联的，或者说，政治文化传统对司法决策模式往往有一种塑造作用。决策模式得到大多数社会成员认可就具有了正当性或合法性，即使是判决结果对某些当事人不利，司法机关所受到的压力也会保持在制度可以承受的限度之内，判决的执行不会存在很大的障碍。相反，决策模式与社会成员的信念相抵触，司法机关便会与外部社会处于紧张的对立之中，不断地受到激烈攻击，所谓判决执行难乃是必然的。

虽然有出于对司法人员整体素质的顾虑，需要设置某种审查机构以便使司法过程更审慎，但是审委会在司法机关（以及检察委员会在检察机关）中所获得的地位却更多的是我国近半个世纪以来的政治文化传统的产物。在"民主集中制"成为一种毋庸置疑的意识形态信条并且成为各种机构、不同行业的议事通则的情形下，法官个人独立地进行司法决策是一件难以

想象的事情。因此，自 1949 年以后，法院的决策权越来越从个人转向集体。不过，至少在 50 年代中期，克服法官个人决策的主要措施还是合议制，而不是审委会。[注释]审委会对具体案件决定权的强化可能是 70 年代末以来的事情。这一趋势与我国长期以来强调阶级斗争和计划经济，导致司法界的专业化程度总是处在一个很低的水准上，因而不得不通过更多更严密的监控机制以保证司法决策的质量有关，同时，文化大革命结束后的社会舆论气候也使得所谓集体领导有了更强的说服力。此外，大量冤假错案的平反昭雪在使那些蒙受冤狱者重见天日的同时，更使人们看到，恣意的和压制性的司法制度会给个人权利带来多么可怕的灾难。因此，限制法官个人的权力，强化审委会监督也具有了无可置疑的正当性。

当然，我们的官方司法话语极少论及审委会分担法官以及合议庭责任和减轻社会压力的功能，然而，如同我们在前面提到的那样，从实际的情况来看，法官是需要某种制度设置来抵御外部压力的。苏力认为审委会可以起到这样的作用。但是，在我看来，这种作用是极其有限的。首先，正如苏力所指出的，近年来的趋势是审委会审议案件越来越少，民事案件只占千分之七左右，刑事案件稍多些，约 10-15％。由于涉及与行政机关的关系，因此，“绝大多数行政案件都会进入审判委员会”，但不幸的是，行政案件本身的数量却极少。这样，法官在办理绝大多数不可能进入审委会的案件的过程中，审委会这个护身符便不存在了。我们看到，一些论者还明确地指出，“合议庭由于不愿得罪人、不愿承担责任而向审委会汇报的，原则上不予准许，以增强合议庭严肃执法的责任感，减少审委会不必要的工作量。”[注释]那么，是不是除了按某种惯例通常可以进审委会之外的案件，承审法官以及合议庭所承受的压力就小呢？恐怕很难下这样的结论。对于当事人来说，自己的案件都是至关重要的。既然生活在熟人社会之中，可以通过某种渠道疏通关系，小付出，高回报，又何乐而不为呢？假如自己付出了，却没有得到应有的回报，或者对方当事人权高势重，自己难以抗衡，又如何不怀恨在心呢？于是，所谓社会攻击——让法官成为腐败或说情的对象，或者成为各种形式的报复的对象——在绝大多数案件仍然是在所难免。

再说少数能够进入审委会的案件，就许多情况而言，这类案件所遭遇的外部压力固然可能更大，但这种压力却往往并非指向承审案件的法官，而是法院的院长和副院长们。例如，行政案件涉及政府，搞不好要得罪地方党政首脑。谁最怕得罪党政首脑呢？通常不会是承审案件的普通法官，而是前途与命运在很大程度上操纵在地方权势手中的院长、副院长们（希望获得好感，从而提升到院长或副院长位置的庭长或许也会对这种压力或利诱十分敏感）。[注释]一般情况下，地方党政官员要影响一个案件的结果，不大可能也不太必要直接找承审法官，而更多的是跟院长们打招呼。说实在话，院长们恐怕很难以案件要由审委会决定为理由向对方说不－－稍通官场权术者都会知道如何不留痕迹地将自己的意图化作集体决策。这时，审委会的存在不仅不能成为抵御外部压力的屏障，相反，它完全可以成为外部压力进入法院的最便利的入境通道。我们总是想着让普通法官向干预他的人说：“这个案件是要上审判委员会的，我作不了主。”为什么不能换个思路，建立这样一种制度，让院长们“无奈地”对试图干预他们的人说：“我实在是心有余而力不足，具体案件如何处理我作不了主，我没有权力干涉法官办案。”

写到这里，发现这篇简评文字已经不短了。最后，我们或许该讨论一下，在中国社会里生存的基层法院到底能否建立法官个人独立类型的审判制度。虽然是纸上谈兵，但我们还是应努力避免苏力所批评的那种“站着说话不腰疼”的“贵族话语”，真情地体会基层法官的处境和苦衷，提出可行的制度建设思路。

也许我们要首先确定一个出发点，那就是，无论是在一个所谓陌生人社会，还是一个熟人社会，对案件或纠纷进行公正的裁判总是会受到人们的欢迎的，至少是会得到更多人的默许的。可以说，一定程度的公正乃是社会得以具有基本生活秩序的前提。[注释]与此同时，虽然作为人，总是要追求自身利益的最大化，然而，绝大多数人却不见得要追求不正当利益的最大化。就我们所关注的司法制度而言，虽然每个当事人都希望自己的案件能够通过诉讼获得对自己有利的结果，但是，想通过诉讼发不义之财，或者犯了罪却理直气壮地认为法院不应对其加以惩罚的人却毕竟是极少数。也就是说，如果司法机关能够做到大致的公平，或者说，诉讼的结果，能够达到常理上的公平，加上判决书必要的说理内容，即使是采取独任制，法官所受到的外部压力也会维持在一个合理的限度之内；反过来说，如果社会攻击达到极度强烈的程度，我们应当说是司法制度出了问题，而不是生活在法院周围并对法院不满的人出了问题。

确立了这样的前提之后，我们可以作出这样的假定，如果说当前我国基层法官受到种种攻击（威逼利诱）的话，那么根本的原因并不在于他们所处的社会是由陌生人抑或熟人所组成，而主要是由于司法体制以及司法权行使方式以及行使过程给这种攻击提供了进路。如何在制度上改变这种状况呢？从上面的分析我们可以看出，对于减轻法官压力和保证司法公正，现行审委会正面作用不大，负面影响却不小。尤其是从长久的制度建设层面上看，虽然保留或者改进审委会可以在一定程度上为法官提供庇护，但是，与之相伴随的副作用将会永久性地危害我们的司法制度。浅见以为，与其在稳固审委会这种难以增进司法公正的事业上下功夫，不如用更多的心力去探索，如何以司法而非行政的形式和机制去解决目前中国司法所面临的问题，例如，改变司法区划与行政区划重合的做法，同时改变司法财政与司法人事体制，从而使法院院长们不再对地方首长惟命是从；提高和统一法官选任的标准，从而通过共同体的职业意识提高司法权的行使质量，并实现法官的自律；真正地实行公开审判，使得司法过程成为让证据说话、“水落石出”的过程，从而使败诉的当事人更容易心悦诚服地接受判决结果；强化程序观念，因为严格的程序规则既可以为不同的当事人提供平等的保护，同时更可以为决策者提供保护——因为程序是稳定、严格并且平等地适用的，因此，败诉人即使是怒气冲天，也无法找到攻击司法制度的把柄；逐渐地增大司法判决的说理成份。我相信目前通行的这种不详细陈述判决理由的判决书制作方式乃是危害司法之堤的“管涌”现象，它一方面为裁判者上下其手提供了便利，另一方面，又使得法官无法发挥判决书的说服作用和风险转移作用，不免时常引火烧身；改变司法判决的执行机制，将执行判决这种行政事务交由行政机关（例如公安机关）履行……凡此种种，这类措施或许难以具有立竿见影的效果，然而，却是中国的司法制度走向合理化的必要步骤，同时，我以为它们的实施成本也比通常人们想象的要小。[注释]

http://chinalawinfo.com/fxsk/FXKW/articleshow.asp?fid=298

上传时间： 2001/9/18 文章来源：北大法律信息网

关于主审法官制

实践：青岛施行主审法官制

主审法官制度是山东青岛市中级人民法院在全国率先改革实行的，由主审法官独立行使审判权、实现审判合一的审判制度。

青岛市中级人民法院梁作民副院长说，主审法官制度实质是审判权的下放，把审判合一的权利交给那些政治素质好、业务素质高的法官，实现主审法官权责利的统一。主审法官制度将实行当庭结案，极大地提高了审判效率。由于主审法官的职责是坐堂问案，居中裁判，从而保证案件的裁判质量。与此同时，主审法官不直接与当事人接触，既避免了当事人对法官的猜疑，又有利于维护司法公正、树立法官的良好形象。

法院对主审法官除了“隆其地位，优其待遇”外，还制定了责任追究制度。

看法：走出恶性循环

贺卫方（北京大学法学院教授）

我对主审法官制极感兴趣，因为它很可能带来一种制度创新，成为我们的司法管理制度走出目前的恶性循环的途径。

什么恶性循环呢？就是司法独立与法官素质之间总是扯不拢的难题。按说，司法独立乃是合理的司法制度乃至社会制度的基本要素。这里所谓独立，不仅指法院系统独立于外部的干预，也意味着上下级法院之间的相互独立，更重要的一个环节是，每个法官都是独立的。在审理和判决一个案件的过程中，法官只对自己的良知以及对法律与正义准则的理解负责，不受同事以及“领导”的干预。为什么呢？因为法官这种职业很特殊，跟军官以及行政官不一样，它不讲下级服从上级，法官是专业人材，司法又是一种特别讲究亲历性的活动，让没有亲自参与审理的“领导”来决定案件如何判决，侵犯法官独立事小，荒腔走板地胡判才是更可怕的事情。

“天呐，就现在我们这些法官的素质，你目不转睛地盯着他，还给你出这个乱子，那个乱子，如果给他们放权，让他们独立，岂不是要天下大乱？”近年来，这样的质疑听到得太多了。是的，目前全国二十多万审判人员中，受过正规的大学本科教育的恐怕不到三分之一，甚至在１９９５年法官法明确规定担任法官者必须受过大学教育之后的今天，法院仍然是各种外行人很容易进入的地方。法官素质低当然就成为院长、庭长以及审判委员会判决案件、控制法官的一个最正当的理由。

法院院长或者法官的其他上司对法官进行监督是不是一定能够带来司法过程以及判案质量的提高呢？细致地观察，我们可以发现，在目前这种政府权力架构下，法院院长本身常

常是权力网络里难以独立的一个环节，他必须顾及其他权威部门以及握有权柄者之间的关系。尤其是在处理涉及地方利益或者其他所谓重大案件的时候，对本地党政领导的倾向，院长往往难以置若罔闻。这样，结果很可能是，法官因为院长的“监督”而不得不屈从地方权力的不正当干预，造成某些案件的不公正判决。

这种地政化的管理模式的恶果之一是法官的权威与尊严无从树立。这些年来，随着一般人对司法公正问题的越来越深入的关注，以及对司法腐败的越来越强烈的愤怒，使得强化监督——包括人大的监督，检察院的监督，传媒的监督，以及法院内部管法官的官的监督——的呼声既响亮又毋庸置疑。但是，有多少人意识到，司法腐败有时恰恰来自于假监督之名的干预呢？出于研究的需要，我经常与各地的不同级别法院的法官打交道，贴近了观察，你会发现，没有哪个法官愿意被别人目为腐败分子，他们也需要尊严，需要有作为法官的荣耀感。如果让他们自主地决定案件，极个别人或许会胡来，然而，绝大多数法官会珍惜自己的名节的，毕章在法官独立的制度下，每个判决的责任都跑不掉。判错了案的法官无法把责任往集体负责但实际上谁也不负责的机制上推诿，而追求正义的法官将由于“各判有主”而引人瞩目，备极尊荣。

青岛法院这次推行的主审法官制强化了法院中高水平法官的权力和责任，虽然具体运作效果如何现在还无从判断，不过，我们还是要说，这是朝向正确的方向迈出的一步。

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《南方周末》1999 年 3 月 26 日

关于足球与宪政建设的思考

by 贺卫方

如何在尊重民主和法治逻辑的基础上，依赖市场和足球人本身的力量，逐渐形成一种良性循环的格局，这是足球面临的一个机会，也是整个社会面临的迫切问题。——题记

仔细琢磨中国足球目前的困境，我们不能不承认，最近这一段 时间所出现的种种混乱，折射

出秩序与自由、稳定与变革、民间力量与官方权力之间的冲突，很大程度上可以称之为一种宪法危机。这里不妨把其中的荦荦大端稍作归纳和分析。

权威合法性丧失

中国当下的足球危机，首先让我们看到的是权威的合法基础的逐渐丧失。我们都知道，

足球的比赛需要有严格的组织机制，需要制定和实施一系列复杂的规则，需要对于违反规则的行为作出处罚。所有这些都需要有某种权威的存在。从现代社会的治理实践观察，虽然权威可以通过国家的权力赋予，但是，如果它缺少了相当的民意基础，一味地只凭借强力来维护，则注定是不可能维持长远的。

现行的相关法律规定了全国性协会对于单项体育竞赛加以管理(《中华人民共和国体育法》第三十一条)，但是，这种规定还是太过笼统，对于足球联赛这样的特殊竞赛所涉及到的种种复杂问题不可能给出具体规定。今天，来自多元化经济主体的资金投入已经成为竞赛得以开展的基础要件，而官方的管理仍然延续着过去的那种依赖政府单向度命令的模式，如何能够继续维系必要的秩序，令参与者心悦诚服地顺从，就必然是一件大可质疑的事了。

决策过程缺乏公众参与

由此引发的问题是，正因为一些重要的决策过程缺乏俱乐部以及更广泛的公众的真正参与，导致人们对于相关规则的缺乏认同，进一步的后果则是维护规则者少，而钻空子、牟私利者多。近年来，俱乐部之间不正当关系已经达到了明火执仗的程度，其他诸如球员赌球、裁判受贿、球场秩序混乱等等也是屡见不鲜。球队罢赛更是把这种藐视规则的心态表露无遗。其实，我们观察足球之外的社会，那种视法律为儿戏的心态以及对于规则的违抗不也是源于人们缺乏立法参与所致么？民主常常被视为一种对于平头百姓有利的制度，殊不知在今天这样的时代，民主的决策更是通过所有成员的参与而强化了规则与每一个参与者利益之间的关联，从而使得服从规则有了更加坚实的心理基础，当规则得到普遍的遵循，获益者就不仅是民众，更是政府。这也可以解释何以越是缺乏民主的地方越是缺少秩序这种现象。

中立解决机制缺位

当发生某些违反规则的事件的时候，缺乏一种中立而公正的纠纷解决机制是足球管理中的第三个缺陷。每当出现赛场混乱或者俱乐部对于裁判的指控，中国足协照例只是通过一些自家的下属机构对于相关问题进行研究，由足协发布有关处罚文告，或对于指控置之不理。完全暗箱化的处理过程难以让处罚对象有公平的感觉。尤其是当指控的对象变成中国足协本身的时候，只能诉诸于体育总局这种更高的权力部门，从而进一步削弱了足球管理的自治。

走向宪政道路的机遇

从上述三个具有宪法意义的问题角度来看，不久前所谓“七君子”联合向中国足协发难就同样颇具宪法意味。很明显，资本的进入使得足球赛事受到商业逻辑的极大影响。俱乐部巨额资金投入，如果因为不公平的对待而成绩下滑，必然导致入不敷出，进而退出市场；如果资本撤出，导致赛事不能正常进行，则赞助商就不能兑现承诺的投入，于是足协乃至其他一些因足球而获益的机构以及体育项目就必然受到损害，连购买了直播权的传媒也将遭受池鱼之灾。这样的成则俱赢、败则俱损的商业逻辑对于参与足球的各方都构成了相当的压力。为了达到俱赢的结果，大家的交涉和让步就显得非常重要。这种格局不免令人想起近代宪法诞生的情形。1215 年，英国不正是因为“失土王”约翰需要贵族们出钱而贵族们趁机要求国王答应其限制王权的要求而颁布了《大宪章》么？因此，那些资本家们出于牟利的考虑而与足协交涉，足协由于利益的顾忌而向资本作出某种妥协，都可能成为足球管理真正走向宪政道路的宝贵机遇。中国足球既面临着崩盘的危机，也面临着率先在制度领域建立一种宪政

的机会。重要的问题是，必须要尊重民主和法治的逻辑，依赖市场和足球人本身的力量，逐渐形成一种良性循环的格局。

媒体批评的宪政贡献

顺便说一句，有一个现象是中国足协的官员们应当引为幸运的，那就是涉及足球的媒体言论的直率和富于建设性。这些年来，对于足协官员直言不讳的批评已经成为中国媒体最令人欣慰的风景。就在最近一期的《体坛周报》上，黄健翔在他的专栏文章里就引用阎世铎关于中国足协最大的失误就是对不起球迷的话后明确地说："阎先生并未拿出纠正这个根本失误的实质性办法"，而且"他根本没有解决这个失误的能力和办法"。同版亦夏题为"作秀何时了"的文章更加激烈地挖苦阎主席："至于做最大的失误在于忽视球迷利益的沉痛状，除了再度反映这位也有主席头衔的局级干部有一种模仿伟人风范的偏好外，也再度印证了坊间对阎主席的另一种评价：在制造概念、煽动情感以及游戏官场方面，历届足协主席无人能出其右；但在正儿八经做一件实在事方面，阎可能是最差的一个，且还不是一般的差。"

能够受到媒体如此直截了当的批评，足协副主席可能是所有中国在职局级以及局级以上干部里惟一的一个。我想阎主席也不必委曲，因为只有这样的言论才是宪政下媒体的常态，为这样的媒体实践作些拓荒试验也是中国足球对于宪政建设的一大贡献呢。

上传时间： 2004/11/20 文章来源：法律思想网

好判例 坏判例

by 贺卫方

即便报道有局部失实，也必须容忍媒体在行使舆论监督过程中的这种轻微损害

□我们都知道，我国的媒体与司法的关系正处于一种极微妙的状态。尤其是近几年，对媒体的起诉不断增多，使得媒体的监督权与司法审判的关系越来越密切。前一段时间，您在华东政法学院有一个与此相关的演讲，不知您能否就此深入地阐述一下，给我们讲几个您印象中比较有代表性的案例。

首先要提的就是范志毅诉《东方体育日报》名誉侵权案。我认为这个案件极有历史意义，因为它在中国司法史上第一次提出了"公众人物"的名誉权问题。要知道，这是在我们的民法中还没有出现的词汇，但是，上海静安区法院的法官却能够走出这一步，这是非常值得赞赏的。

这个案子大概发生在2002年底。上海《东方体育日报》刊登了一篇报道，说传闻在2002年世界杯赛时，范志毅涉嫌赌球。范先生怒不可遏，说他根本没有这些事，就到法院状告报纸侵犯了他的名誉权。

通常人会认为，是啊，他如果真的没有赌球，这样报道是不对的。但是，法院给出的判决是，范志毅作为一个公众人物，必须要接受媒体更强有力而严格的监督。同时，2002 年世界杯是中国国家足球队首次打入世界杯，国足在世界杯上的表现更是各界关注的焦点。此外，《东方体育日报》撰写的本案所争议的报道，消息来源并非主观臆断，从文章的结构和内容看，旨在调查的是赌球传闻是否真实，而非要对范志毅本人造成任何侵害。那么，作为公众人物的范志毅，即便认为这篇报道指名道姓，有损其名誉，或者报道有局部失实，也必须容忍媒体在行使舆论监督过程中的这种轻微损害。

值得一提的是，法院还指出：从表面上看，报道涉及范个人的私事，但这一私事与社会普遍关注的"世界杯"联系起来，这一私事就当属社会公众利益的一部分。新闻媒体对社会关注的焦点进行调查，行使舆论监督的权利，以期给社会公众一个明确的说法，并无不当。法院最后的判决是：对范的诉求不予支持。

□这个案件其实就是说：公众人物名誉权要受到限制？

当然，如果涉嫌诽谤，还有刑法中的有关条款能够规范。这个案子的意义是，是在中国司法史上，第一次提出"公众人物"的概念。什么是"公众人物"？它来自于英文publicfigure。在美国，这一概念包括行使公共权力的人，比如我们的官员；包括社会中间非常知名的人士，比如余秋雨先生；包括体育界、影视界明星，比如范志毅；也包括由于本身的原因卷入新闻事件的人，比如饶颖。

不同法律体系的国家都接受'沙利文案'判决的司法精神，恰恰说明它的普适性

□可是为什么"公众人物"会没有名誉权？难道这不是他们人权的一部分吗？

首先，这样的人往往握有公共权力，或者言行对于社会公众具有更大的影响，也比平常人占有更多的公共资源，他们理所应当承受比平常人更多的监督和评论。这种监督和评论包括针对工作的，也有针对道德的。这是无可厚非的。

其次，我们知道，媒体记者在报道过程中，由于视角、时间以及所能够采访到的对象的限制，他只能尽力追求真实，而无法保证每一句话都是真的。我想，在一个现代社会，这也是大家都了解的。新闻，条件是"新"，它不新，就不叫新闻了。就是此时此刻发生的事情，要保证让公众了解。而有时，为了保证这种追求"新"的公众知情权，记者只能对他所见所闻的观察作出判断，而无法要求他像一个侦探或警察一样，把整个事情调整透彻，确认无误后再拿出来发表。也就是说，要及时迅捷地发布信息，我们必须容忍记者报道的部分失实。

涉及到公众人物是否会因此人格受损这一点，我们有必要举出著名的沙利文诉《纽约时报》案。这是发生在上个世纪60年代的一起重要的名誉权案。

案情大概是这样的：1960 年 3 月 29 日，《纽约时报》刊登了一个整版的政治广告，以

声援南部学生抗议种族隔离政策的示威。但在这个广告中，有两段涉及亚拉巴马州蒙哥马利市的警察，说警察携带手枪和催泪瓦斯，封锁了校园，关闭食堂，试图用饥饿迫使学生屈服，等等。

沙利文是谁呢？他本人不是警察，是代表蒙哥马利市公共事务委员会监督警察局的人。因此，他认为这段广告是对蒙哥马利市警察的指控，也就是对他本人的指控。同时，他也指出这段广告中有许多不实的地方，比如没有封锁学校和关闭食堂等。因此，他起诉《纽约时报》和广告刊登人的行为对他本人构成了“诽谤”。

这个官司打了好几年，具体的过程就不细说了，反正起起伏伏，最后一直打到联邦最高法院。判决结果我们都知道，就是“诽谤”不成立。但这起官司的意义在于，对它的判决，代表了美国联邦最高法院对公众人物或官员的名誉权的司法态度。

这次判决有很多令人心潮澎湃之处：“被上诉人和亚拉巴马法院都依赖本法院早先的裁决———宪法并不保护诽谤性出版物。但是，本法院没有任何先例可以支持任何用反诽谤法，限制人们针对官员执行公务的行为表达批评意见。”“本法院同时谨慎地指出：‘本院保留和行使权力，以废除那些在惩治诽谤的伪装下，侵犯言论自由的法律。’因为，‘公众人物是公共财富’，‘不得拒绝讨论，不得扼杀批评的权利和义务。’”

“关系到公共事务的表达自由受宪法第一修正案保护……我们曾经说过，宪法（对言论）的保障‘之所以被造就，乃是因为：惟确保不受拘束之意见交流，人民要求的社会和政治变革才能因势而成。’‘政府需遵从民意，变革需遵循合法途径，为此，我们需要确保自由地进行政治讨论的机会———这样的机会事关国家安危———这是我们体系的一个基本原则。’‘说出自己对整个公共制度的想法，虽然这些想法并不总是带有完美的品位，这正是美国人的天赋特权。’”

“我们裁定，依据宪法，不能建立这样一种规则：一个指向政府运作的非人格化的抨击，构成对负责政府运作的官员的个人诽谤。”

……

同时，法院还认定，除非沙利文能够证明《纽约时报》刊登这则广告对他本人是有“实际恶意”的，否则就不能认定构成诽谤。什么叫“实际恶意”？就是明知道这条消息是假的，但仍然坚持要发表。这个举证责任是由原告完成的。可是你如何去证明记者是否有“实际恶意”呢？你根本没办法举证嘛！

□所以，这个原则一旦确立，意味着取消了公众人物提起名誉诉讼的可能？

基本上是这样。这个案子不仅是美国司法史上的里程碑，它所树立的原则正渐渐被全世界所接受。比如我就知道，意大利、德国两国，在裁判类似的案件时，也在判决书里直接吸收了“沙利文案”的司法精神。要知道，这两国都属于大陆法系。但不同法律体系的国家都接受这样的司法精神，恰恰说明它的普适性。

人死了还有没有名誉权？

□在我们国家，似乎这种公众人物或官员提起名誉权诉讼的官司特别多。

对，尤其是最近几年。大家都知道有“名誉权”了，所以都要去法院主张名誉权。其中有好的判例，也有特别荒唐的判例。我先讲几个荒唐的吧。

其中一个是大家比较了解的陈永贵遗孀诉吴思案。除了“公众人物”原则外，这里涉及到一个原则：死人有没有名誉权？我认为应该是没有的。你活着，我骂了你，你痛苦；可是你死了，我怎么骂你，你都不会痛苦了，因为你不存在了。但是，中国又有极特殊的家族文化，就是敬祖，极重视家族、血脉啊什么的。往往两个同姓的人见面，还要攀一攀，看 500 年前是不是一家（笑）。

在上个世纪 70 年代末，台湾有个著名的“诽韩案”。有一个刊物发表了一篇文章，说唐代著名作家韩愈生活不检点等等。然后，就有一个姓韩的先生起诉了这家刊物，说是侵犯了他爷爷的爷爷的爷爷的……反正是好多辈祖宗的名誉权。结果，法院还判了侵权成立。现在，这起判例成了台湾司法界的一个笑柄，大家没事儿就拿出来说说。

我们中国是有这种家族文化的，但对于“祖宗”的名誉权是否应该保护，应该如何保护，我觉得还应该再研究。

不过，陈永贵的案子主要不是这个问题。陈永贵生前就是公众人物，就是行使公共权力的人，理应受到监督，或者说，就必须承受大家的东说西说。何况，吴思只是把陈永贵在历史上的一个事实陈述出来了，而且这件事是有确凿根据的。结果，法院最后还是判吴思侵权成立。

类似还有，鲁迅的儿子周海婴为父亲的肖像权到处起诉。在中国，鲁迅已经不是他们家的私有财产了，他已经是个符号，是公众人物、公共财产，鲁迅的文章进教材，登鲁迅的画像，都不应算侵权。你怎么能说：我出版一本《鲁迅传》，封面上用了鲁迅的照片，就侵犯了他的肖像权呢？

□如果可以这样算，伟人的后代不用干别的了，到全国各处去找哪里用了他们祖宗的照片就可以生活了。

呵呵。是啊。

对于法庭审理的案件，公众有没有知情权，有没有监督权？

□在实际生活中，新闻界与法院、法官也经常意见“对立”。这二者应当是个什么关系呢？

有一个案子，应该是 1998 年的事。《新疆商报》发表了一篇文章，题目是《这笔恶债是如何栽到国企身上的》，主要讲一起建筑纠纷，因法院的违法办案导致新疆建筑总公司无端背上了 172 万元的债务。但是，文章见报后，《新疆商报》却被这个案件的主审法官起诉了，因为在文章里，对主审法官的人格、品质、道德等进行了一些评论，法官认为他的名誉权受

到了侵害。

这个案子比较有意思的是，被舆论监督的这个“个案”被纠正了，但媒体却被法官告倒了，认定侵权成立。当然，不是在这个法官所在法院审理的。

这里面涉及到一个问题：法官是什么人？是代表大众主张社会正义的人。何况，在前一段的《中华人民共和国公务员法（草案）》里规定，法官可是公务员啊（笑）！那也是行使公共权力的人。这就是“公众人物”啊！一个主张社会正义的人的品质和道德，是不是应该受监督呢？他的学识、判案水平和修养应不应该有个标准呢？为什么不能对此加以评论？更何况，后来错判被纠正已经表明，报道的内容或者方向并没有错啊。

□但是，在这类报道中，也许对于一些过于个人隐私的事情不应披露，比如：包二奶……

不，我认为公务员不能“包二奶”（笑）。这的确是在监督的范围之内。行使公共权力的人，必然要有道德上的要求，因为他的行为风范对于社会是有影响的。但是，比如对于孩子的教育方法是否妥当、结婚之前曾经跟谁谈过恋爱之类，应该有所保留。

此外，这类评论里通常会有一些比较情绪化的用词，这方面媒体当然要特别注意。但法院也不能因为使用了一些情绪化的用语，就认定侵权。这里面的界定非常微妙。你的名誉是否受到损害，其实不是由报道中是否使用了情绪化的用语决定的，而是由报道中列举的行为是否恶劣决定的。那么，又回到报道是否真实、是否出于“实际恶意”上来。

话说回来，对于法庭审理的案件，公众有没有知情权，有没有监督权？毫无疑问是有的。这种权利最直接的表现方式，就是在大众媒体上发表评论。如果你坚信自己的判决是正确的，是代表社会正义的，让人家评论去呗，怕什么呀？但我们现在的法院的确很怕记者、怕媒体。我和法院的朋友在一起时，常听他们说：防火防盗防记者（笑）。

这种“怕”有时到了什么程序呢？比如 2003 年，广东省高院居然发了一个红头文件，公开封杀 6 名记者在广东三级法院一年的采访权。理由是：这 6 名记者“法院未判，记者先判”，严重影响了法院的正常审判秩序。

这次封杀是依据此前半年，广东省有关方面和省高级法院联合下发的《关于规范采访报道法院审判案件活动的若干规定》作出的。其主要内容为：“依法公开审理、尚未宣判的案件，记者可以旁听，但不得进行采访报道”；“已经公开宣判的案件，可以采访报道，但必须实事求是，客观公正，并且不得作出与法院裁判内容相反的评论”；“省级以上（含省级）新闻单位采访各中级法院和基层法院的审判活动，必须经省法院新闻办公室审查批准”，等等。

我一开始根本不能相信这是一省之高院作出的规定。它有什么权力规定记者可不可以采访、如何采访、如何评论？又是依据哪条法律作出这样的“规定”？表面上看，似乎法院的理由是可以理解的。但实际上，一个机构自己制定规则，同时又自己解释规则并作出处罚，这种权力本身就失去了制约。法院只能按照立法机关所制定的规则对于各种违法行为作出判决。如果涉及到法院与传媒之间的关系，因为事关司法独立以及言论自由等重大的宪政问题，是需要国家通过基本法来调整的，而不是一家地方法院就能够决定的。我们试问，如果这 6 名被封杀的记者对此不服，他们应该到哪里去说理呢？去起诉广东省高院吗？

□可几乎各地的法院都有类似的规定。据我所知，到陕西省各级人民法院采访，需要持最高人民法院新闻办公室的介绍信，这也是下发三级法院的红头文件。可最高人民法院既不管我们，也不管他们，凭什么开具介绍信呢？这种规定，实际上就是不允许记者采访的规定吗！

我想，这也是“中国特色”吧。事实上，就内在性质而言，司法与媒体本身确是对立的：媒体往往是一时一地民众情绪的传声筒，它就是情绪的、不够审慎的，同时又是多元化多变性的；而司法则是代表普遍的社会正义，它是理性的，审慎的，严格依照法律的。但不能因为这样，法院就可以单方面剥夺大众的知情权，这完全违背了肖扬院长上任之初即不断强调的审判公开的法律准则。所谓审判公开，决不仅仅是指对当事人及其亲属公开，更包括一般公众有权获得与审判相关的信息（涉及个人隐私和国家机密的例外），获取的途径有两条：自由到法院旁听，或通过媒体及时而全面的报道。

从法院自身看，不允许媒体报道也是不明智的。当法庭上双方的证据、各自的论辩都被公开地展现在更广泛的公众面前时，那种试图干预司法独立、谋求法外利益的力量就会受到来自舆论的抑制———有关事实和证据，“地球人都知道了”，谁还敢明火执杖地枉法裁判？

再说对已宣判的案件，“不得作出与法院裁判内容相反的评论”。法院判决不等于是真理，凭什么不允许批评？即便是真理，如果这么害怕批评，那样的“真理”也太脆弱了。略有宪法意识的人都会清楚，宪法中规定的言论自由决不是规定公民只有说“正确的话”的自由，或者只能说“官方许可说的话”的自由。相反，言论自由最重要的价值，恰好是让那些为流俗或权贵所不喜甚至憎恨的言论得以自由地表达。历史一再证明，推动社会变革的最重要的动力，往往都是批评，而不是颂扬。

中国法官在判决里确立了两个“闪光”的原则

□我们国家有没有这样构成“动力”的判决呢？

当然有。一个就是大家都知道著名作家余秋雨先生的那个官司。《北京文学》的编辑肖夏林写了一篇文章，叫《文化中的文化》，评论了文化界的一些现象，但主要是批评余秋雨，说他沽名钓誉，不像个学者。比如，他在深圳时发表了一番评论，说深圳是中国文化最重要的地方之一，是中国文化的桥头堡，将来会出现中国文化的深圳学派，云云。肖夏林在文章里指出，余先生这样说不是偶然的，而是因为深圳市政府送了他一套豪宅。余先生看了之后就开始了诉讼。

我看了最后的判决非常激动。这是北京市东城区人民法院判的。三位法官，即审判长杨瑞玲、代理审判员赵式洁和陈家忠，他们在判决里进行了非常详细的推理，告诉本案当事人，余秋雨得到深圳市赠送豪宅一事是不是肖夏林本人捏造的，是至关重要的。而肖夏林所提供的证据表明，在那段时间，北京学界、文化界确实都在传说余秋雨先生得了深圳的一套房子。法官采信了这一证据，认定肖夏林所述并非捕风捉影。

同时，法官们也认为，肖夏林的文章尽管有没有核实有关事实的缺陷，但是基本上仍属于文化评论的范畴，不会使得原告人的社会评价降低，也不能认为具有贬低损害原告人名誉

的性质。所以，余秋雨先生败诉了。

当然，一个人在写文章的时候，必须认真核对事实，但这种核对的要求不能超出合理的限度，不能超出个人的能力。当他所述的是一段时间内很大一部分人都信以为真的事实，而依靠作者本人的能力又无法核实，就不能认定他是"实际恶意"。

还有一个更有标本意义、更让人感到欣喜的判决，就是广州市华侨房屋开发公司诉《中国改革》杂志社一案。杂志刊登了一篇报道，揭露华侨公司这个国有企业在内部管理方面存在严重问题，导致国有资产大量流失。华侨公司认为报道不属实，有损其名誉，并影响了他们的效益。但是，法院最终判决：华侨公司败诉。

审理该案的三位法官的名字是巫国平、伍双丽和郭越，他们在判决里确立了两个"闪光"的原则。一个叫"合理信息来源"原则。就是只要记者所依据作出判断的信息来源是合理的，即便有瑕疵，也不应算失实。《中国改革》上的这篇报道的消息来源是企业的年度报表、广东当地报纸的内参以及对一些知情人的访问。这些消息来源是合理的，而且从记者角度看，也是可信的。如果是因为企业报表上的错误，导致记者作出了企业认为的不正确的判断，那也是你的企业报表的问题。法官说，你不可能要求记者变成一个科学家、一个侦探，永远侦查下去。

第二个原则是"公正评论"原则。即媒体所做评论是否侵权，取决于他的目标是什么。法院的判决书里说，固然这些评论里有个别字眼有些情绪化，但报道的最终目标是为了维护国有企业的利益，为了维护每一个国企员工的利益。所以，这样的评论对国家是有价值的，不应被认为构成侵权。

□这两条原则看起来和"沙利文案"所阐释的司法精神差不多。

对。但这个案子还有一个背景，就是发生在"郎顾"争论时期。我认为，当时那种对国有企业、国有资产的广泛关注，对这起案子的判决也起了很重要的作用。当然，判决出来以后，司法界和新闻界的赞赏都很多。因为这对舆论监督和言论自由起了非常大的鼓励作用。从这个案例，我们可以看出，司法对维护宪法和推动社会进步的作用有多大，我们的法官们也在探索着如何维护言论自由。

依据健全理性不会信以为真的言辞，不构成名誉侵权

□您认为，这类案例最有价值的意义就在于此？

是的。言论自由是宪法赋予公民的权利啊！法院或法官在审这类案子时，不能自觉地就把民法和宪法割裂开，狭隘地说：没错啊，这就是民法啊，这就是名誉权问题啊。法官在审案时，首先要维护的，是宪法的尊严。

这方面我有一个印象很深的案例，是 2000 年的恒升电脑诉王洪侵权案。这个叫王洪的小伙子买了台恒升笔记本，但是毛病不断。他就去找电脑公司要求退货。公司说：不能退，只能修。于是王洪就同意修，但公司又说：你自己加了内存，已经不在保修范围了，修还要再交钱。王洪说：加了内存不会影响其他性能，比如噪音大啊什么的，为什么不能保修？结

果，电脑公司就是不给保修，小伙子年轻气盛，就在网上贴了“大字报”《请看我买恒升笔记本电脑上大当的经过》。在这篇文章里，他很愤怒地把恒升笔记本电脑说成是“垃圾”、“豆腐渣”，号召大家都不要买，引来很多跟帖。后来，恒升公司就把王洪起诉了，法院也判决侵权成立，要赔恒升公司 50 万元人民币，两家转载王洪文章的媒体各赔将近 25 万元。二审的结论基本相同，但王洪的赔偿款减到 9 万元。

法院判决依据的法条是《民法通则》第 120 条，该条规定：法人的名称权、名誉权、荣誉权受到侵害的，可以像自然人那样，“有权要求停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉，并可以要求赔偿损失”。

但是，我们不能只看到《民法通则》。我们还有《消费者权益保护法》，其中第 6 条规定：“国家鼓励、支持一切组织和个人对损害消费者合法权益的行为进行社会监督。大众传播媒介应当做好维护消费者合法权益的宣传，对损害消费者合法权益的行为进行舆论监督。”

同时，我们还有宪法第 35 条：公民享有新闻出版、言论方面的自由。

那么，法院在审理这类案子时，就不能只看到民法，而看不到其他。不能只看到电脑公司的名誉权受民法保护，也要看到消费者批评企业的权利也是受法律保护的，公民的言论表达自由是受宪法保护的。如何在这三者中找到平衡，需要细致的考量。

我读过王洪的文章，觉得一审判决书说他“未能客观全面地介绍恒升集团对其产品的售后服务过程”是不合理的，这本来是恒升公司的义务，而非消费者的义务，何况，你怎能要求一个没有从企业那里得到服务的消费者，“客观全面”地娓娓道来呢？

判决书还认为，王洪使用了“侮辱性语言”，比如称其产品为“垃圾”之类的，“损害了恒升集团的名誉”。那么，如果称某个股票为“垃圾股”，该公司和股东是不是也应提起诉讼呢？再比如，球迷们在赛场举着横幅，公然称我们的甲 A 是“假 A 联赛”或“假极联赛”，这算不算“侮辱性语言”呢？

其实，稍有理性的人都看得出，这种情感强烈的“气话”并不具有真正的说服力。企业也好，法院也好，都不应低估了人们的判断力。我认为这里面包含了一个名誉权案件重要法理定律：依据健全理性不会信以为真的言辞，不构成名誉侵权。

□而且，这个宣判过后，会使消费者对此类事情噤若寒蝉。无论 50 万，还是 9 万，对个人来说，都不是小数目。

这就涉及到合理的司法引导问题。法官应该想到，一个诉讼也可能影响到没有介入到诉讼中的人。它会产生一种连锁反应，就是以后谁也不敢随便发表对一个企业的批评。我们更应认识到，与企业利益相比，消费者常常是孤军奋战的，是弱者；与企业或个人的名誉权相比，言论自由、表达自由这样的基本公民权利，显然是一种更高位阶的权利。这类基本权利的维护不仅仅让民众受益，更有利于推进我们的经济发展，保持社会稳定，增进官场以及企业的清廉。我们不能通过法院判决，让大家对自由表达产生恐惧。那样的话，我们每天看到的，就是 GDP 多少啊，哪里的先进啊，什么人是典型啊，那有什么意义吗？

我们不能只享受言论自由的好处，而不承受其代价

□言论自由当然很重要，但现在司法界和律师界有一个观点，认为过多的言论会干预司法公正。如何在二者之间掌握一个平衡点呢？

这的确是个值得讨论的问题。有些人认为，媒体说三道四，或者报纸每天登的都是黑暗啊，腐败啊什么的，对整个社会的人的心态有非常不好的影响。但是，托克维尔讲，我们不能只享受言论自由的好处，而不承受其代价。如果那样，你会发现，你迈出的第一步已经跨到专制里去了。你要享受言论自由的好处，就必须忍受公众人物被说三道四，就必须忍受对官员、对政府、对司法的评论。这样做的好处是什么？是人民能够发出声音，能将大的社会动荡消解于小的言论冲突中，能在官员腐败还处于萌芽期时就挽救他，能在政府试图掩饰什么时加以揭露，从而使我们的社会和国家更好。当然，这也是对每一个公民作为个人的尊重——人活着就是要说自己想说的话啊！

一位思想家说过一段话来形容言论自由可能的“代价”：我们的社会间经常出现这种局部的动荡，它是我们和谐的人类社会的一部分，正好比暴风雨是和谐的自然的一部分，我们不可以想像一个美好的民主社会里居然没有这样局部的动荡。

如果要我说，言论自由对一个民主社会来说是根本性的。即便司法也应该这样。所有的判决书都应该在网上全文公布，所有的案卷都应该可供查阅，除非法律明确规定的特殊情况，所有审判都应公开，旁听者有权利作记录（我们的法庭居然不允许作记录？！），所有的政府部门、官员和公众人物都应该做好随时被人评说的准备。因为：只有你让人民拥有更多监督的权利，才会显示政府的信心，才会让政府更有声望，有更大的能力和动员力来使一个国家向前迈进，让经济得到有序的发展，让社会稳定得到最大限度的保证。但是，不让人民说话，永远获得不了这些。

当然，要实现这样一种境界，我们还有很多事要做。比如传媒从业人员的素质、司法从业人员的素质，都有待提高。比如我们的司法体制的变革，还有培养行使公共权力的人的观念和思维习惯。

□我看过您的一句话，讲如何保证司法独立和公正———在较低层面上，使司法官员无所畏惧；在较高层面上，让司法官员向往尊荣。我觉得，这其实也是对掌握社会公器的媒体人士的要求。

对。说到底，这二者是同质的。一个国家没有言论自由，对司法没有实行有效的监督，司法不可能表现良好；另一方面，没有司法的独立审判，言论自由也无法真正实现。

上传时间： 2005/8/19　　文章来源：法律思想网

『dd』于 2005-8-30 11:04:00 发表评论：

贺先生是站在老百姓的一边,王洪的事件我解过不多,不在此多评论,但我遇见类似王洪的事,中国的国企总是以各种借口推脱责任,不讲道义、唯利是图比资本主义企业有过之而无不及,法院总是站在他们的一边，中国人真苦！希望多些象贺先生这样的人，中国才有法治的希望。

『duzhe』于 2005-8-24 18:09:00 发表评论：

初步看了一下，贺先生的观点有 2 处是可以再斟酌一下的：

1，他在评论王洪案中，给我的印象是，民法通则的规定可以支持恒升公司的诉讼请求，所以不能只考虑民法的规定，还要考虑消法和宪法。这个评论让人困惑。我推测贺先生并不熟悉民法及民事案件中的法律推理，才会作出这种评论。应该说，即使适用民法，也可以支持贺先生的主张。这是个解释问题，而且不算是复杂的解释。

2，贺先生反复强调"名誉权案件重要法理定律"，即依据健全理性不会信以为真的言辞，不构成名誉侵权。

从贺先生的意思看，他主要是指当事人的一些过于情绪化的言辞。在本案中，贺先生的看法是有说服力的。但不宜泛泛而论。因为这个"定理"还需要结合许多其他因素，才能确定它在具体案件中的价值。如果一般而论，甚至将其定理化，反而会引起误解，即发表言论者虚构一些荒诞不经的事实，反而不构成侵权？这会造成许多问题。试想，许多侮辱性的言论，有多少是依健全理性是信以为真的呢？如果一个人遭到他人非常不理性的侮辱，是否可以他的这些言论无法让健全理性的人信以为真而免责呢？

贺卫方答《北大法律人》记者问

by 贺卫方/董成良

时间:2001 年 11 月 17 日

作者：董成良（北大法学院学生）

来源:《北大法律人》

董：贺老师，您好！我是院刊《北大法律人》人物版编辑，叫董成良，98 级学生。感谢您通过这种方式－－我们用电子邮件将问题列出来，您再用邮件的方式回应－－来回答我们想知道的问题。问题有如下几块，每块具体问题分点列出；但您尽可以随性而言，不必太拘泥于此。

贺：院刊人物版的采访是一个很大的荣誉。尽管这种通过电子邮件的采访不需要面对面，但是当看到你们列出的那些非常个人化的问题，还是有些紧张，感到自己不大够资格在这里侃侃而谈。所以，我会"随性而言"，但对其中个别问题我只能简短地作答。不周之处，尚祈见谅。

一，人生经历

董：您少年生长于胶东，弱冠只身赴西南求学，复又北上在法大继续学术之路，从法大的研究生到研究员，为学，为师，为老编；下海，上岸；后进入北大，学问之外，对现实关注之情日深，近数年研究当今中国司法制度，在媒体发言，不是一个不苟言笑的冷面学者，更象一个"文质彬彬"的入世君子。我想问的是：第一，上大学时为何选择学法学?

贺：哎呀，你对我的历史怎么了解得这么清楚？这让我很吃惊。当然，有的细节可能还是有所不知。例如这第一个问题－－其实我考大学时根本没有报法律专业。1977 年我高中毕业，恰逢文革后恢复高考，我参加了当年的考试，而且信心十足。当时我是一个所谓"文学青年"，特别想做作家，所以志愿报的都是名校的中文系，其中包括北大中文系。但是，万万没想到，名落孙山了。原因是数学分数太低。你千万别问我考了多少分，否则我会无地自容的。第二年又参加考试，这次学乖了，报志愿时，非常谦恭地只报省内的几家师范类院校。幸运的是，我的分数在重点院校的录取线之上，而当年西南政法学院刚恢复招生，宣传力度不够，录取未满，便从报考一般院校而分数上了重点线的考生中录取了几位（？），我就阴错阳差地进了法学这个天地。你可以想象当时我是怎样的惊喜，像杜甫诗句所写的，"漫卷诗书喜欲狂"。人生不能假设，不知道如果当年自己真的如愿以偿地进了中文系，今天会是怎样？或许是一个县城里某重点高中的语文教师，教学效果不坏，而且不时地有豆腐块文章见诸本地小报……无论如何，我觉得能够走上法学这条路，是自己十分幸运的一件事。

董：80 年代初大学生在社会上是很被看好的，为什么您本科毕业后没有工作而继续读研呢?

贺：从大三开始，我就发现，自己在读书中最能获得乐趣，而实习时在法院的感受更坚定了我过校园生活的决心。

董：对于 80 年代末那场下海经历有何感想?

贺：你真是"哪壶不开提哪壶"。怎么说呢？我当时下海也是迫不得已，生活太清苦了，想"曲线救国"。下了海，才真正体会到，一个人一旦从事自己所不喜欢和不擅长－－不喜欢必然不擅长－－的工作是多么痛苦。我最幸运的是，那时政法大学的校长还是江平教授，他把我拽上岸来，或者说把我从"商海"救上来，又把我投进学海。我调回政法大学之后不到一个月，江先生便被罢免校长职。你说玄不玄？

董：今后是要花更大的力气把学问之道弄的更精纯呢,还是以更加入世的姿态广泛参与社会舆论，作一个"公众知识分子"的形象?

贺：你觉得这两者矛盾么？（参看《吴宓与陈寅恪》，页 9－10。）

董：能否将您经历中最有价值的一些东西讲一下？

贺：自感人生历练还不够，再过三五年，或可谈此话题。

二，关于学术

董：我妄加揣度，将您的学术之路切为三段：1、八十年代初海禁初开，您正在读本科，对西方法律制度，思想的研习。2、法学的比较研究阶段，无论是在制度上，还是在法律思想上，无论是西方内部，还是中西传统之比较。3、由前两个阶段转向对中国现实问题（主要是司法制度与现实）的研究，例如对司法腐败，公民权利保障及法官问题的关注和分析。

如果以上的划分不是太武断，请回答：1、各个阶段的一些具体情况；2、这三个阶段的顺序及演化（西－中西比较－以西贯中）是否有一种逻辑上的必然？3、那么，还是那个争论不休的问题：西方的法制舶来品与中国的本土资源……

是要学贯中西？以中贯西？以西贯中？中学为体，西学为用？发表一下您的意见；4、您的《法边馀墨》是否很能代表您治学的风格？您所谓的"不苟言笑"与"文质彬彬"到底是怎样的两个境界？

贺：你这是所谓"袋鼠式提问"，一个问题套一个问题。谢谢你清晰的划分。对于我来说，事后回过头来观察，感觉真是有这样的不同阶段，而且不同阶段还真有一种内在的逻辑性。但是，作为"当局者"，似乎并没有那么清楚的意识。对于古今中西一类的问题，我觉得不大容易在一个简短的篇幅内作出一个充分的解说。我的基本观点是，不要只是看口号，重要的是"葫芦里卖的什么药"。另外，对相关观念所进行的论证似乎比观念本身更重要。近代以来，我们用了太多的心力进行一些宏大的争论，但对于如何将宏大的价值与具体的技术结合起来，使得价值不再流于空泛，技术不再流于琐碎，人们好象关注不够。对于法律人而言，这尤其是一个严重的缺陷。读一读《联邦党人文集》，这样的感受会更强烈。《法边馀墨》是一本暴露作者弱点的小册子，那就是，喜欢趣味超过喜欢理论。

三， 与先贤

董：我们现在正学西方法律思想史课（可惜不是必修），我的感觉那是一座"先贤祠"。您在求学过程中哪位先贤的哪些思想给了你哪些影响呢？

贺：又是一个难回答的问题。我是个"杂食动物"，各种各样的作品都读一些，但很难说出究竟哪位先贤最具影响。篇幅有限，恕我不在这里开书单、掉书袋了。

四， 与北大，与学生

董：这个题目下，想提三个问题：1、

谈谈北大怎样把你"挖"过来的（不作公开用）；2、

谈谈清华挖你的情况；学生们"保贺运动"的经过；3、

给 97 级讲课时的一些感想（也不一定要说好话），您现在是否代课？您对咱们院的师生交流状况有何评价？您是比较喜欢与学生打交道的，为什么？

贺：其实可以公开的。1995 年，北大法律系想对国家重点学科法理学的力量作进一步的充实，听说在当时教研室和系领导的视野中有三个候选人，最后为什么确定了我，自己也不是十分清楚。我猜想，除了领导和前辈的厚爱外，可能也是因为调我的成本最低－－其他两位都在外地。去年我曾有往清华调动的意图，但受到了“阻击”。同学们的热情，让我至今想来都感到由衷的温暖。同时，系领导以及许多同事也动之以情，晓之以理，加以挽留。我把同学们给我的“陈情表”珍藏在柜子里，实际上更珍藏在我的心中。你问为什么喜欢与学生们交往，这个问题还需要回答么？

自从 97 年给大一的同学讲过一次“法理学”之后，我再也没有机会给本科生的同学上课了。原因很简单，竞争不过别人。法理学领域的同事们总是争着给一年级的同学上课，例如你们这一届，便被朱苏力老师抢去了，好不容易盼到 99 级，两位刚留校的才华横溢的年轻教师强世功、赵晓力博士又不依不饶地要去上，这可如何是好？最近我在考虑，是不是给大四的同学开一门竞争性选修课，关于司法制度的，但愿没有人跟我抢。

五，与媒体

董：您近几年来与媒体接触不少，如与中央台，与《南方周末》等报章，听说您还因为一些文章惹了麻烦，这说明触着了社会的某些痛处。中国虽然倡言法治，但从口号落实到实践看来还有很长的路要走。这种情况下，作为一个“从外部研究法律”（你的话）的法学家，是否应该承担起一个“启蒙者”的角色？至少应该是个“公众知识分子”吧？请您讲一下有关经历和您对此的看法。

贺：在目前的流行话语里，“启蒙者”好象已经成为一个贬义词。当然，一个人永远也不应当以一种精英姿态，“众人皆醉我独醒”的样子，去教训别人。这种惟我独尊的霸权意识形态我们都不陌生。我自己这些年所做的，更多的是一种表达，将自己对某些问题的看法表达出来。写作与发表满足了宣泄（不带贬义）、交流的需要，同时，也是人文社会科学领域的学者对自己所承担的社会使命的履行。你提到一些文章惹出了麻烦，其实麻烦倒谈不上，只是引发了一些激烈批评而已。在一个多元社会里，这是完全正常的。我的基本看法是，如果学者也只是鹦鹉学舌，不把脑袋长在自己的肩膀上，那么国家有什么必要化纳税人那么多的钱办大学呢？“面朝黄土背朝天”的百姓辛辛苦苦地背负着我们的大学，我们这些人不能自己的头脑为他们作贡献，这不仅仅是失职，简直可以说是没有道德感。

六， 与同路

董：我们是将您作为苏力的“对立面”而知道您的，也就是与“本土资源论”不同的声音。您对朱老师的观点和思维方式有什么自己的理解和评价？所谓的“学术家园”是否存在？有何意义？

贺：呃（很警惕地），你好象是在引诱我背后说朱副院长的坏话。“对立面”显然是夸大其词了，如果不说是完全错误的话。实际上，苏力先生是我非常敬佩的一个学者，他对民族

的强烈的使命感，他的博学和才智，他那挡不住的诗人情怀，他勤勉而严谨的治学精神，以及他对同事、朋友童子般的善良与坦诚，都是我所至为钦佩的。可以说，正是因为有了苏力，最近这些年我国法理学研究才具有更为丰富的色彩和如此不同进路的理论成就。当然，我该明确地说，对于“本土资源论”我并不赞成，倒不是因为这种主张没有道理，而是因为它的社会效果很可能与倡言者的初衷大相径庭。此外，我们还必须注意到，涉及现实制度建设的理论有其时代性，学者也许要警惕“时代倒错”（anachronism），“不知天上宫阙，今夕是何年？”我们须留心西方某些理论的主题是对应于西方今日的社会的，假如我们身处前现代百端待举之神州社会，却陶醉于后现代波澜不惊之西域理论，便很可能给制度走向带来误导。

“学术家园”当然存在，那是以学术为志业的人们切磋学问、争论问题的鹅湖，是他们向后来者传道授业的杏坛，是他们得以安身立命的桃花园……

贺卫方，1960 年 7 月生，男，山东省牟平县人。西南政法学院法学学士（1982），中国政法大学法学硕士（1985）。1985 年起在中国政法大学任教并主持《比较法研究》季刊编辑工作。1995 年调至北京大学法律学系任教。1992 年聘副教授，1999 年聘教授。曾在美国密执安大学（1993.6-7）和哈佛法学院（1996.6-1997.1）做访问研究。

主要著作和译作：

《新波斯人信札》（与梁治平、齐海滨等合著 ），贵州人民出版社 1988 年。

《外国法制史》（与由嵘、张学仁、高鸿钧等合著），北京大学出版社 1992 年；台湾版由五南图书出版公司于 1993 年印行。

《美国学者论中国法律传统》，与美国汉学家 Karen

Turner 及高鸿钧合编，中国政法大学出版社 1994 年。

《走向权利的时代》（副主编），中国政法大学出版社 1995 年。

《法边馀墨》，法律出版社 1998 年。

《中国法律教育之路》（编），中国政法大学出版社 1997 年。

《司法的理念与制度》，中国政法大学出版社 1998 年。

《法律与革命西方法律传统的形成》，美国 Harold J.

Berman 著，与高鸿钧等合译，中国大百科全书出版社 1993 年。

《比较法律传统》，M.A.Glendon, M. W.Gorden and C.

Osakwe 合著，与米健、高鸿钧合译，中国政法大学出版社 1993 年。

《比较法总论》，K. Zweigert & H. Koetz

著，与潘汉典等合译，贵州人民出版社 1992 年。

《比较法律文化》，Henry W. Ehrmann 著，与高鸿钧合译，三联书店 1990 年。

《美国法律辞典》，Peter Renstrom 编，主译，中国政法大学出版社 1998 年。

《运送正义的方式》，中山大学出版社，1999

上传时间： 2002/3/13 文章来源：北大法律人

贺卫方谈“罢招”研究生事件

——我终于知道这个制度不会做任何改变

by 贺卫方/姜英爽

贺卫方说，他开学了还会高高兴兴去上课，还会跟北大的领导做一点交流

北大教授贺卫方表示，“罢招”研究生是为引起对制度的关注

优秀学生往往很难考上

我终于知道这个制度不会做任何改变，而自己努力了这么久，十分失望

记者(以下简称记)：我相信发表这封公开信是你一个深思熟虑的结果，为什么选择在这个时机发表呢？

贺卫方(以下简称贺)：就在我发表这封信的头一天，我得到了有关领导最后的意见，他们告诉我不同意做(招生制度的)任何改变，于是我就写了那封信。

记：就是说，你在发那封信之前，已经就招生制度跟学校里做过沟通？

贺：对。

记：回复在你意料当中吗？

贺：坦率说，并不是。不管是法律史专业的老师也好，其他专业的老师也好，都表达了一些对这种招生制度的不满。两三个月之前，我就觉得这些是必须要改变的，但是最后，还是没有任何进展。

记：你也说跟你有相同看法的人不少，必须改变，但是为什么做起来会这么难呢？

贺：可能是因为现在教育部倡导的导向跟我们所呼吁的正好是相反的。

记：为什么这么说呢？

贺：教育部的导向是强调研究生招生宽口径，更宽阔的知识的考察，不强调专业方面的考察。

记：实际上你的意见却正好相反，是吗？

贺：对。

记：这几年你觉得这种招生模式没有给你带来好的学生？

贺：这种方式可能给那种最优秀的学生带来很大的困难，他们很难考上。法律史专业的考生数量不少，但是往往在这个方面越有积累的人，情况越不乐观。比如今年的考试，我们本来有四个名额，可是最后只有一个人是过关的。结果报考其他专业的三个考生调剂过来参加面试，面试的情况可以想见，全部被刷掉了。而有一些优秀的学生，曾经给我发过电子邮件，表示他们对法律史的兴趣，还把自己写的文章发给我看，文章也确实写得非常好，可是就是因为笔试没过只能放弃。由于制度设计不合理而导致我们名额招不满，优秀的学生又进不来。

记：碰到这种情况，你的心情是什么样子的呢？

贺：非常非常遗憾。自己也一直没有停止思考，怎么样以一己之力促进制度的合理化，但是最后只能说是无言的结局。

记：到今年的时候，你终于“忍无可忍”？

贺：我一直以为，在 2006 年招生的时候，我们会改变这个方式，但是 6 月 24 日，我们最后决定明年的招考方式的时候，我终于知道这个制度不会做任何改变，而自己努力了这么久，十分失望。

教育产业化招人太多

博士头衔本是赋予终身搞研究教育的人，而现在部长省长们都来读博士

记：我去年也曾采访过北京大学法学院的朱苏力院长，当时他对我表示，他也一直在希望教师可以在研究生教育中获得更大的招生自主权，应该说跟你的观点基本一致。问你一个

私人问题，你公开提出罢招，作为你的顶头上司，他的态度是什么呢？

贺：他表达了非常理解的心情吧。我们都在感叹，现在教育大规模产业化，招人太多，导致的是有个性的、在专业知识中特立独行的人机会却越来越少。

记：你不喜欢太多人读研究生？

贺：现在的教育体制出了很大的问题。现在很多偏远地区的孩子，要靠希望工程读完小学，可是学历方面却出现了大跃进。即使在西方，博士头衔一般都是赋予那些终身搞研究搞教育的人，可是现在你看看多少部长省长都来读博士。

记：有这种思想这种观点的人有这么多，为什么别人没有站出来喊罢招，而你却做了？

贺：(笑)这个你应该去问别人，不该问我。我是非常自然的一种状态吧。对不合理的东西，对一个学者来说，他有一种义务，你要表达出自己对它的不喜欢，而不是忍气吞声。从大的方面说，国民的整体的一种表现，会塑造一种政府的形态，大家对不合理的东西不表达，你会给决策者一种误导，他们本来所做的是错的，却以为是对的，结果却是无益于社会的进步。再者我无官一身轻，孟子说，“有官守者，不得其职则去；有言责者，不得其言则去”，我就算个有点言责的人吧。

记：你觉得这是一种最恰当的表达你言责的方式？

贺：在发生一个问题的时候，我希望大家都能够用最理性的方式来对待它，去进行一种协商，大家都不是真理的垄断者。

记：你觉得在这个问题上，你足够理性吗？

贺：我承认我的公开信里有些情绪，这个谁都可以看得出来。但是我不是意气用事，而是实事求是。当然有些人会觉得我的这个方式比较激烈，甚至说是我撂挑子的一种做法。

带硕士仅是我的工作之一

我在设法影响一种制度的发展，这比每年招一个硕士更有意义

记：对一个老师来说，不招学生可能就是一种不负责任。

贺：我的工作是多样化的。带硕士当然是我的工作之一，但是带博士和给本科生、硕士生博士生上课都是我的常规工作。我还担任《中外法学》的主编工作，还承担了北大之外的很多工作，带硕士只是我一个小小的局部的工作，我决定暂时停招，其他的工作我还会继续做好。

记：你不觉得这是一种资源浪费？

贺：不，我在发挥着更大的一种资源的作用。那就是我在想方设法来影响一种制度的发

展。我想这个是比每年招一个硕士进行培养更有意义的事情。

记：那么是不是只有这种方式才能达到这种目的，而这种方式又是否有用呢？

贺：要说婉转去解决，我已经婉转了太久了！

记：多久？

贺：从这个制度开始改革不久，我就发现了它的严重问题，我就在努力。已经两年了。当然最后选择这个方式，也是一种无奈的选择。我只能用这种方式来引起更多人的注意，让大家知道这是错误的。有时候私下的委婉的方式也许能够做一些事情，推动一些改变；过分激烈的方式往往会引来对方对抗的情绪。但是我自己觉得，中国制度的建设过程当中，我们最大的约束和瓶颈，正是我们传统的文化中的“恭谨和缓”。民主的体制下，国民是这个国家的主人，主人当然可以不平则鸣，中国民主制度的建设，很大方面反映在：社会中我们的声音正在趋向多样化。千夫之诺诺，不如一夫之恶恶。大家只有坦率地表达，才能最后换取对相关问题的一种关注，使得政府对有关问题的考量更加周全，决策更加合理。

记：有人会觉得这是一种对抗的方式。你觉得是吗？

贺：我觉得该对抗的时候选择对抗，但是同时也应存在妥协和合作，我追求的不是鱼死网破，你死我活。

我只是说了实话而已

如果大家都不说话的话，说话的人总是显得偏激

记：在学术界，长期以来你都是一个非常敢说话的人，都在为一些问题而呼吁，当然，也有人会觉得你偏激。你觉得你是个偏激的人吗？

贺：我一点都不偏激。我觉得我不是个很激烈的人。我只是说一个实话而已。偏激是明明知道一个限度只是到了 50%，但是一定要说到 80%甚至 90%。我只是比较直言，而且我在提出一个问题的时候，会去做一个论证，为什么我要提出这样的说法和建议。如果大家都不说话的话，说话的人总是显得偏激。

记：你不怕因此而有人给你穿小鞋？

贺：学者就是这样的，学者就是一个学者嘛！如果我还是讲师、副教授，如果有人给你穿小鞋，会很可怕，现在我已经是教授了，我也不想做官，我就想做一个学者，无欲则刚，我现在已经看不到眼前还有什么适合我穿的小鞋了！

记：现在脚上舒服得很？

贺：舒服得很！我开学了还会高高兴兴去上课。还会跟北大的领导做一点交流。

记：你只是想用此来引起大家的讨论，推动这个事件的发展，现在这个目的达到了吗？

贺：现在时间还太短。

记：你觉得现在的反响如何呢？

贺：我还是比较高兴它引起了这么广泛的反响。虽然我在国外，但还是在网上看到了很多这个事情的讨论，越来越多的人加入到这个讨论中来。当然，我也看到有人在说，我对保送生的态度有一些偏见。

并没完全否定保送生

110 个硕士生，保送生占了 40 多个、而本校占到 30 个有失公平

记：你对保送生有一棒子打死的嫌疑。实际上有一些是很优秀的。

贺：对，有人说人才有两种，一种是天才型的，一种是勤奋型的。这的确也提醒了我，我某些话说得太满。我并没有完全否定保送生，我只是对法学院 110 个硕士生，保送生占了 40 多个、尤其本校占到了 30 个这样的数字表示我的不满，北大是很多人的梦想，可是有些优秀的人在高考时候失误，本科没有读北大，可是他们同样优秀，我们应该为这些人梦想成真创造更好的条件，让大家都平等地考试。

记：很多老师都喜欢带出自北大清华的学生。

贺：我不觉的该倾斜本校。相反，本校有很多本科学生，他们努力的程度，对学习的珍惜，不如其他学校的学生。况且，我们没有必要把视野局限在一个学校，这样反而容易出现近亲繁殖。

记：你喜欢招收什么样的学生？

贺：冯有兰讲过，成功的人有三个要素：才(才气)、力(努力)、命(机遇)。当然对不同行业的人来说，三个要素所占的比例不一样，对一个做学术的人来说，我觉得，他的天分和才气是特别特别重要的东西。我喜欢的就是有才华，有积累，有想像力，有良好的修辞学上的能力的学生。研究生考试怎么考出这个学生的才？既要考它相关的知识的积累，同时又一定要更加窄一点的考察，这个范围小了，就在深度有更大的空间了。人文科学中很多东西是没有确定答案的，我希望他有自圆其说的推理能力，逻辑判断能力，但这些东西不能靠十三门课的标准答案看得出来。

教育制度出现了问题

如果太多老师热衷腐败，那么不是老师有问题，而是制度有问题

记：你理想中的招考制度是什么？

贺：我在公开信中也写了，我觉得过去的考试方法就不错。法学硕士的专业课考试由老师来命题。我一直觉得法律硕士和法学硕士的招考制度应该有所区别，法律硕士注重的是应用，都是全国统一命题，我们已经培养了大量的法律硕士，但是注重研究人才的法学硕士专业课的命题应该是有更大自主的，应该跟法律硕士招考是有差异的。而且在这个差异化中，能够容纳学生更加个人化的一种追求，而不是由教育部一竿子定论。北大的历史传统和定位负担着很大的使命，就是培养学术化理论化的人才，我们的毕业生很大一个去向都是到其他高校去做老师，但是我们的招生制度都没有能够做到走在其他学校的前面。

记：你觉得作为北大，更应该走在各项制度改革的前面。

贺：各个高校之间有着很大的差异，竞争强烈程度，学校师资力量等都不同，北大在我们国家是非常令人瞩目的学校，它应该有一种自己的独特的制度设计。我们教育界一直有呼声本科招生时希望可以实现高校自主招生，那么作为研究生考试，反而有越来越统一的趋势，这样培养出来的学生都是一个标准，一种模式，这是一种过分的格式化，也不利于各个高校之间开展竞争。没有这种竞争，教育只会变成死水一潭。长期如此，这对整个民族只会成为一种灾难性的结果。

记：联想到刚刚发生在北京交通大学的性交易招生腐败，给老师太大自主权，会不会引来更大的社会问题？比如说后门，比如说腐败？

贺：在任何时代，任何社会，这样的人这样的事情都是不能完全消灭掉的。这种个别人都是有的，但是我们防范这样的不良之人，而使得整个制度没有办法去选拔人才，这才是更大的悲哀。怎么去平衡这种得失？因为防范某些人，而使得所有人不被信任，最后的结果是使得我们的教育层次被降低，这是值得我们去好好思考的问题。

记：你觉得给老师自主权的益处要比现在这种方式的益处大得多。

贺：对啊。一个老师，什么时候会不去注重个人的一种声誉？为什么你不会在广州的街头随地吐痰？你并不是因为怕被罚款十块钱，而是你觉得这种行为跟你受到的良好教育是完全相反的。这种行为会让你觉得自己的人格是分裂的。非常重要的一点，要有一个制度使得教师都感觉到自己是非常有尊严的，是尊荣的。不能因为个别不光彩交易把不合格的人才招进来，把优秀的人刷下去。如果这样，他会声名扫地。我想，在这个学术伦理和必要的学术竞争中，没有人不会去珍惜自己的名誉，追求自己的名节，想方设法使得自己的做法受人尊重。另外要考虑到，谁不喜欢自己招收进来的都是天才，都能够把自己的学术事业发扬光大，甚至形成一种学派？如果太多老师热衷于腐败，那么不是老师出现了问题，是我们的教育制度出现了问题。

记：目前你对改革的情况觉得乐观吗？

贺：(笑)这我不知道。因为这个取决于两个方面，单纯一个方面再去努力是不成的。但是我很希望。

人物档案

贺卫方

著名学者。1960 年 7 月生，山东省牟平县人，北京大学法学院教授、博士生导师。1999 年被聘为北京大学法律学系教授，现任北京大学司法研究中心副主任。多年来，贺卫方在《南方周末》、《中国青年报》、《法制日报》等报刊上发表了 200 多篇随笔、评论，不少文章引起很大的社会反响，一些主张已经通过近年来的改革变为制度的现实。例如，我国法官服饰的改变、司法官员选任标准的提高以及统一司法考试制度的建立等都与贺的呼吁和学理论证有关。因此，贺卫方曾被媒体选为“将对 21 世纪中国产生重大影响的 100 名中国年轻人”之一。

对话背景

北大法学院教授贺卫方由于不满现行的法学研究生招生制度，6 月 24 日在学术批评网上发布了《关于本人暂停招收硕士生的声明——致北大法学院暨校研究生院负责同志的公开信》。在信中，贺卫方指出现行法学研究生入学考试设计存在着“相当严重的缺陷”，将那些爱好理论和历史且已有大量阅读的考生挡在门外。贺卫方还对现行保送生制度，尤其是“学生干部、特长生”太多表示不满。贺教授决定“自 2006 年起，不再招收法律史专业研究生”。

7 月 1 日，发表公开信第二天就远赴加拿大开会的贺卫方，接受了本报记者的越洋电话采访，讲述他的罢招前后。

公开信摘录

●“现行法学研究生入学考试设计存在着相当严重的缺陷，考两张综合卷涵盖多达十门课程，这种打着对考生全面考查旗号的做法实际上产生的后果却是削弱了考试应有的专业偏向。尤其是法律史和法理学专业，这样的考法足以让那些爱好理论和历史、并且对此已经有大量阅读(因而很可能‘偏科’)的考生被卡在门外。”

●“保送生选拔的标准是本科阶段的考试成绩要名列前茅。但是，据我个人的有限观察，相当多的优秀学者读本科时的成绩往往只是中上而已，甚至由于前面提到的‘偏科’原因，成绩有畸高畸低的情况。如果按照各门成绩都必须达到前几名，这些人当然就只能被排除在外了，结果必然是研究生中太多考试型而非研究型人才。”

●“现在的情况却是，即便教师都反对，决策者却依然我行我素，理由是这种研究生入学考试模式乃是教育行政部门的意旨。这样的情况表明在有关学术制度的建立方面，大学并没有必要的独立性，教师群体则更是一个不折不扣的弱势群体。”

上传时间： 2005/7/8 文章来源：南方都市报

网友评论发表评论>>只显示最新 10 条。评论内容只代表网友观点，与本站立场无关！

『小麦』于 2005-10-25 14:12:00 发表评论：

我同意贺教授的观点。本来我是很想考北大的法学硕士的，但在了解了北大要在笔试中考查十门基础课后，就放弃了。因为这样的门槛太高，在拼了命复习完所有课程的同时，也就无奈放弃了很多对于自己热爱的专业的研究和知识积累。研究生考试的制度弊端还在于对英语的硬性要求。入了学之后我发现，我费了很大力气学的英语唯一的用处就是通过研究生考试。入学伊始通过学位考试后，在研究生阶段基本上再也没有学习英语的必要。考前花了那么多时间精力，现在却无用武之地，真是不值！

『晓风』于 2005-10-24 17:41:00 发表评论：

也不知道是自己选择法学失误了还是现在我们把法学提高到"治国之学"的战略错误了。还有可能是我现在处的地方错误了（处于宋功德老师讲的"法学乡村"），反正现在读到法学研究生了，还不知道自己要学什么东西，也不知道学了对社会会有什么用（当然，找份工作的用处我自己还是知道）。看到我们的"公共知识分子"（老师对杰出学者的敬称，无贬义）贺卫方先生竟然也浏览这个网站的（请恕我的无知，这么好的地方我现在才知道），所以在这里把问题提出来。不敢奢望会有"公共知识分子"解答，只要是看到我评论的人给点指导就好了（因为本人现在确实对这个学科有点迷茫，但是非心理障碍哈）。听周旺生老师上课时，说我们中国很多法律学人是"二把刀"，为了上教授，评职称，把自己关在家里一段时间，闭门造车抽几个月时间烟后，著作就出来了。觉得有点不可思议，甚至也学着周教授鄙视这些"二把刀"们（我只能学周教授，自己不敢），但是后来看了一些书之后，又发现几乎所有我崇拜的学者都是采用这种方式的，往往会在一本"奠基"似的著作里找到一些"背上一袋资料，蛰伏于都市一角，隔绝室外的喧嚣"等等之类的话语。到底是周教授讲错了呢？（但是至少我认为周教授在我这里是绝对不

会有错误的，也许他说话太有煽动性，但我始终认为他是我们中国最有激情的学者）还是本人书看太少，抑或是本人也象几千年前一个叫柏拉图的哲人说的那样"还没出过洞穴，只是看到站在我外面的人晃动的影子"？

不过无论怎么样，我是认为我们中国现在的法学界（也有可能我们中国其他方面也如此）太乱（绝非主席说的"百花齐放，百家争鸣"，何况主席说的也未必都对）。至少到目前为止，我还是认为我们的泰斗级人物，我们仰慕的对象还不完全是为了实现自己精神层面的价值（也许我是无知者无谓，但是象东北那个姓邓的先生一样花八年时间去研究一个外国学者思想的人确实还比较少，而且这个也非从报纸上得来的小道消息，硬是他身边带的博士说的）。我们仰慕的对象在忙什么，我们

仰慕的对象为了什么在忙？这是象我这种底层的粗懂皮毛的学法律的人想知道的事情，但是好象就所只而言，并不对自己的人生方向有很大的指引作用（本人物质方面只求温饱）。

我们中国现在真的太弱了，我们不仅需要法律的完善和法律学人的高尚人格乃至法学界的繁荣；同样需要把那种完善贯彻下去，用人格开启民众的心智，用繁荣来满足所有人而非极少数人的需求！

『see』于 2005-9-8 23:00:00 发表评论：

作为一名法学院的本科生,我非常赞同贺教授的话.一个人的精力是有限的,以我们现在的精力,根本无法支持我们在现行考试体制下取得好成绩的同时学有专精.我们总是得在兴趣与"前途"之间作取舍.有一句话说得很好:"全面发展等于全面平庸."其实若仅要达到教育部要求的更宽阔的知识面这样一个目标，而对专业方面素质无所要求的话,我们何须研究生项目?在大学本科里,在社会中,我们就完全可以达到这个目标了.全面的知识是不可缺少的,但无需以一个硬性指标去限定它吧?当然,被选拔进去的那一部分人经指导后也可能会有大成就,但对于那一批被无辜淘汰的精英,我们是否欠他们一个公平,一个机会?同时,从经济角度来考虑,究竟是培养一个有兴趣、有过硬基础、有一定专业素质的学生更节省资源还是培养一个仅对专业泛泛了解的学生更节省?

『Ag』于 2005-8-20 21:50:00 发表评论：

现在的法律思想网不知还是不是以前那个畅所欲言的网站了？能和大家自由交流吗？还是办的像人大那个民商法律网一样的课堂化

贺卫方专访

by 记者苗炜

记者：从修改《婚姻法》到所谓的“性贿赂罪”议案，到见死不救是不是应该给予惩罚的问题，法律建设中有一种“泛道德化”倾向，请问您如何看待？

贺卫方：的确现在有这样一个明显的趋势，当我们倡导 20 多年法制建设依法治国后，我觉得它的出现也有一定的必然性，问题或许在于我们过去对法律的理解存在着一种简单化。

如果我们把依法治国理解成法律就是硬邦邦，一整套对社会的严厉规则，那么这样的法律是一种单相度的对社会的控制，任何一个社会不可能靠这样一套规则实现一个有秩序社会的建构。过去的法律建设中，可能并没有达到我们——不仅是官方，还包括人民预期的效果。

太多美好的价值赋予给法治的时候，我们却发现社会的腐败不是越来越少而是越来越多；刑事犯罪也有越来越多的趋势，虽然我们搞了“从重从快”；在社会中，你能看到思想的混乱信仰的混乱。老百姓觉得出了问题，便会越来越强调道德在一个国家管理过程中的角色或地位，甚至有人说对道德的价值要用法律的手段加以维系，像对“见死不救”对“通奸罪”的惩罚，像对“包二奶”的惩罚和“性贿赂”的惩罚，这些东西给我的感觉是用法律的手段，用国家的强制力来维护道德规范的有效性。

但如果我们仔细分析，这种趋势是可以质疑的，我们的社会从文革结束到改革开放，社会活力越来越发扬越来越得到表达，在一定程度上可以说，一个社会越有活力，社会中某种程度的无序会加剧，尤其是一个转型期的社会，不可能一颁布一项法律，这项法律所有预期的目标都能够实现。无论西方社会还是东方社会，在进入现代化的转型期都经历相当大的阵

痛，甚至是道德方面的失范。

近代法制有一个相当重要的演变趋势是法律与道德相分离，但法律还是包含着许多道德要求和道德训诫，比如言论自由权利是不是也是一种具有道德意义的权利，而不是外在于我们心灵的一种表层次的规则。

现有的许多法律都有深刻的道德内涵，严格的遵循这些法律，这些法律可以内化为我们的信条，有人说，法律如果不被信仰就会成为一堆死规则。法律能被信仰的内容也无非是有一种深刻的道德力量在感召我们，使我们相信这些规则被严格的遵守，我们的社会就不仅是一个在秩序上，在道德上也是个良好的社会。我们制定行政诉讼法，民可以告官，这不体现了在道德意义上国家与个人的关系吗？有人相信，一种关于婚姻的新的立法出现以后，包二奶的现象就可以解决，婚姻的道德就可以拯救，这是天真的想法。

当夫妻睡觉的时候中间躺着第三者，第三者就是政府，这个婚姻关系会更加美好吗？难道我们不应该思考一下，在现代社会中其实道德越来越变成某种小的群体某种内化的东西，而不能靠国家的强制力来维系。

现代法律的一个特征是把法律分为公法和私法，体现公民与国家关系的法律是公法，公民之间企业之间的法律从本质上说是人民自治，我们自己说了算。私人领域中尽可能少的政府介入，尽可能少的法律调整是一个更健康的思路。老子的观点是“法令滋张盗贼多有”。

记者：您提到了老子，那么在儒家价值观得到体现的新加坡生活，好不好？

贺卫方：我看了新加坡模式的一些资料，我绝对不愿意生活在那样一种社会里面——威权主义，加上某种不知道算不算的儒家学说，对人的思想和言论严加控制，政府在道德层面上似乎居于一种更优越的地位，这样的社会即使它很富有、秩序井然，它也不是一个可爱的社会，缺乏一种活力，缺乏对人的自由的基本的尊重。

中国两千年的传统社会，儒家的政治哲学的一个基础是不相信法律对人的威慑力量和惩罚力量能形成一种秩序，为了实现秩序，他们认为根本的解决之道是领导人内在的道德非常崇高，并将之运用于他们行使权力的过程之中，孔子讲，君子之德风，小人之德草，如果统治者和上层人士的道德风范都非常感人的话，老百姓就像草一样被风刮倒，这样的学说，它的前提是一个社会的秩序建立是从上到下的，它不相信每一个“小人”——市井之徒贩夫走卒是道德崇高的人，他们正当的欲望也应该得到道德上的肯定。中国传统的政治哲学带有相当大的对个人的看轻，或者说是强烈的藐视。

中国古典的“德主刑辅”的治理方式在强调教化强调道德的时候往往会形成相当多的伪善。社会中的伪善之风盛行，大家都会标榜自己在道德方面是完美的。

记者：西方在立法方面的所谓“权利理论”是不是被我们排斥？

贺卫方：现在比较可喜的是，在一些领域中，个人权利的理论，权利哲学为基础的法制建设取得了长足的进步。我们看到法治成功的国家，往往是形成了一个法治的社会，个人权利的社会，才形成真正良好的宪法和宪政秩序。西方的宪政秩序来源于中古时期不同阶层的

相互冲突和阶级妥协，这种妥协的结果是没有谁拥有无可质疑的正当性，每个阶层，每个个人的权利都获得了一种在法律层面或者意识形态方面的正当性。在这个基础上，再制定一种良好的权力制约关系得到大家共同的认可。

在讨论这个问题的时候不能回避欧洲历史和中国历史的差别。西方的权利哲学是一以贯之的传统，从欧洲的法律思想史的角度来说，它不过是延续了一种思想史的脉络，非常重视在一个制度的构建过程中，个人权利的保障对整个社会制度的维系是非常重大的，我们损害了一个人的权利，不仅仅是损害了一个个人的权利，而是每一个社会成员的权利，所以权利不仅仅是法律上的一个字词，而是实实在在的社会秩序本身。这就说，权利更重要，要十分审慎和认真的对待，而不是秩序更重要，控制更重要。

记者：人们应该对法律敬畏，为什么有时候我们感觉“敬少畏多”？

贺卫方：有些法律，比如修改婚姻法，强调了政府对于个人生活的干预，好象稍微有点不轨行为就要受到惩罚，这与我们现在社会的发展不相吻合，容易引起代表新观念的年轻人反感。另一方面，法律能起多少作用？你从一开始就表示怀疑，这种怀疑就会影响你对法律的态度，不用说信仰了，能不能心悦诚服的去遵守都是大可怀疑的。

我总觉得我们陷入一个怪圈里面去了，用刑罚，用手铐和铁镣，用监狱震慑一切不轨行为的时候，忽略了一个社会管理应该有的多方面的手段和措施。比如说官僚腐败到底应该用什么东西来治理？法律只能是事后的惩罚和不是事先的预防，许多国家要官场清廉靠的是新闻自由，是议会对官员的监督，靠的是独立的司法体系。我们不从制度的角度去着眼，而一味的靠刑事制裁，这会误导社会。

记者：同时我们还会觉得法律跟我们没什么关系，虽然我们每年都有新的立法，但许多法律不具有可诉讼性。

贺卫方：我个人认为法律都应当具有一种可诉讼性，如果制定了一种法律，公民去法院诉讼，而法院说不能援引这部法律，这样的法律就是一种束之高阁的东西。但另一方面我们强调法制过多的时候会遮蔽对社会调整其他一些重要的东西，比如说各行业积累的伦理准则和行为准则，是什么妨碍了这些准则的建立？如果医生认为收红包没什么，见到一个垂危的病人可以冷漠的走过去，你再用法律去惩罚又有什么意义？

对民众阶层来说，最重要的法律启蒙方式是由司法机关来完成的，也就是说，如果我们的司法机关能够非常严格的依据法律来惩罚一切犯罪，依据法律解决民事纠纷，这就是法律的启蒙，大家会相信法律是有用的，法律是非常重要的，法院是不可能腐败的，他们会维护法律的尊严。

记者：“性贿赂罪”的议案一出来，最高检察院的一位副检察长就说，应该立法，这样的情况正常吗？司法的人来推动立法。

贺卫方：我觉得倒也不反常，因为言论自由。从检察院、检察机关来讲，他们希望罪名越多越好，他们的用武之地就会更广泛，这是符合他们利益的，但关键在于我们的立法机关是否有一个良好的立法过程，能理性的看待每一个提案，提案本身荒唐不怕，怕的是审议过

程也变得荒唐，这里说的荒唐也包括大家都沉默，大家都唱赞歌。

（采访苗炜）

http://edu.sina.com.cn/i/23585.shtml

上传时间： 2001/9/19 文章来源：《三联生活周刊》第 6 期

呼唤法律职业共同体

20 年来，中国曾经发生过若干次关于法治抑或人治的讨论，影响所及，法治的正当性几乎成为整个社会的意识形态。人们相信，法治不仅可以给社会生活以规范，而且使得社会更加有序。政府的权力必然受到制约，任何政党、组织或个人都必须在法律规定的范围内活动；公民的权利定能得到保护，因为侵犯公民权利的行为便是违法行为，公民可以通过诉讼，在法院里“讨个说法”，最终使自己的权利得到恢复，并给予侵权者以应得的处罚，使得全社会的人们都意识到，法律的尊严是不可玷污的，法律所规定的权利是有确凿保障的。这样一来，人治论者还有什么市场么？

当然，人治论者并不一定把人治等同于专制统治；儒家主张“为政以德”，主张任人唯贤，倡导“惟仁者宜在高位”，因为“不仁而在高位，是播其恶于众也。”柏拉图主张“哲学王”，认为治国也需要专家，《理想国》里用了那么多的心力仔细地讨论如何培养治国专家，仔细读来，哪里是被今人简单化了的那种人治论？

实际上，法治人治两极化的观点本身就大可疑问。那种自动售货机式的司法过程只是理论家构想的产物，永远无法兑现于人类社会的实际生活。也许可以说，所谓法治，不过是那些受到严格法律训练的人们对社会生活的管理和调整。由于法律知识以及表达这种知识的法律语言的稳定性，由于法律推理技术的稳定性，由于法律职业伦理规则的稳定性，由于法律职业者决策过程的通常表现出的公开性，从而导致这种决策具有相当的可预期性，从而克服了其他统治类型不可避免的恣意妄为的特征。因此，如果我们不能够造就一大批尊重规则、追求正义的法律家（lawyers），并且使这样的法律家来操作法律的程序，那么，制定再完备的法律规范，设置再合理的司法制度，最终的结果仍将是徒劳无益的。

在过去的 20 年间，我们的法律家群体在数量上有了长足的增长。由于法律教育的快速发展，受过正规高等法律教育者的数量明显增多。但是，我们也面临着法律家群体中背景驳杂不一的问题。在 1995 年《法官法》和《检察官法》之前，我们的法律职业与法律教育是分离的；也就是说，一个要担任法官、检察官或律师的人并不必须以受过法律教育为前提。因此，在现在的法律家群体中，人们可以看到各种各样不同背景的人正是毫不奇怪的事情。例如，行政官员，工会干部，复转军人，乃至法院中的打字员、司机等辅助人员都可以成为

法官。法律职业的这种选任制度带来的后果相当复杂。或许它有助于我们司法制度的平民化或大众化，抑制司法界与社会生活脱节的倾向，然而，负面的效果却是，司法界不再是一个同质的集团，相反，构成一个行业的人们相互之间语言不通，对法律的实体和程序规则理解不同，从而不可避免地导致分裂状态的出现，削弱法律家的力量，从而对法治进程起到阻碍作用。

最可警者，如此驳杂的群体会带来伦理与纪律执行机制的缺乏和无力。在法制建设开展 20 年后的今天，我们突然面临着司法界的腐败似乎愈来愈加剧的势头。本来肩负着惩治腐败职能的司法机关自身却走向腐败，无疑会在已有的社会矛盾之上平添新的矛盾和冤情。对此，许多人寄希望于大众传媒、权力机关或检察院等更严厉的监督，但是，在我看来，更重要的是来自职业内部的监督机制。在司法职业中，人们对伦理规则的理解各不相同，加之选任方面的低标准导致人们名节感和荣誉感的匮乏，要确保司法界的廉洁和公正，真正是断无可能的事情。

原载《粤港信息日报》1998 年 5 月 17 日，增订稿载《中外法学》同年第 5 期。

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《运送正义的方式》

话说禁放鞭炮之法

by 贺卫方

“砰——啪——”

什么声音？鞭炮？不对呀，本市禁放鞭炮已经多年，人们似乎都习惯于安安静静地过年了。几年来，违反规定，燃放鞭炮的只是极其偶然的事情，对于居住在市区里的人来说，鞭炮声已是难得一听了。但是，刚才那一声分明是“二踢脚”的声音……

正寻思着，猛听得外面鞭炮声大作，赶忙到阳台寻声望去，只见前面那片居民区里已经是响成一片，不仅有声响，而且还有光亮，五颜六色的烟花把个夜晚照得如同白昼一般。我家小儿兴奋异常，大喊大叫，又蹦又跳。说实在话，自己是法律职业者，对于违反法律的行为自当有本能的抵触，即便不去官府告发，总不应当有欣庆之感，但是，那天晚上，我内心的确颇有一丝快意。这当然是因为自己对这禁放鞭炮之法有些不同的看法。

本来我并不是一个燃放鞭炮的爱好者或赞成者。过年时节，漫步街头，脚边轰然一声，直把人惊得肝胆俱裂。空气里弥漫着浓浓的火药味，本来污染就十分严重，鞭炮的加入真正是雪上加霜。又常听说一些人给鞭炮炸去了手指、崩瞎了眼睛，无疑是一辈子的悲剧。更有

消防队如临大敌，消防车嘶鸣着驰向烟花爆竹引燃的火灾现场……所有这些，都似乎表明禁放鞭炮之法确实是于国于民都十分有利的善政。

但是，让我们慢些下结论。冷静想来，这项立法也不是只有利而无弊。弊在何处？首先是我们中华民族最重要的节日中的最重要的一个特色失去了。“爆竹声中一岁除”，没有了爆竹声，沉寂寂的除夕夜，这大年与平常的一个大礼拜还有多大分别呢？不应小看这民间风俗；风俗礼仪原本是一个民族抽象理想的外显与寄托。有人会说，我们今天已经有了取代放鞭炮之类“陋俗”的新风俗，那就是每年三十晚上中央电视台的春节晚会。但是，且不说如今这晚会已经有强弩之末的势头，便是继续办下去，也难以取代鞭炮的功效。燃放鞭炮是一种室外活动，它是由参与人主导的、热闹的、“色香味俱全”的活动。而看晚会却是家家户户只缩在自家屋里、被动的和千篇一律的活动。

第二个弊病是使许多生产和销售鞭炮的企业失去了偌大一个城市市场，可能使得这些企业中的一些人失去他们本应有的经济利益和就业机会，当然也使得国家本应从这个行业获得的利税收入减少。赞成禁放鞭炮者或许会说，用人的手指、眼睛以及许多火灾损失换来的这份经济利益是不正当的。然而，这并不是一个道德问题，而是经济利益的权衡问题。有谁仔细计算过鞭炮厂下岗工人的损失究竟有多大呢？鞭炮固然有可能造成危害，但是，可能对消费者产生危害的产品正多得是：香烟可致人死亡，酒类可令人借酒闹事，安眠药可以为失眠者安眠也可以让失意者长眠，汽车给生活带来方便却令数以万计的无辜者惨死轮下，充斥着有毒物质的废气不知让多少人患上肺癌。我们是否应当立法禁止生产香烟、酒类、安眠药、汽车呢？如果不应当，为什么唯独鞭炮获得这样的不公平待遇呢？

走笔至此，我似乎已经成了一个燃放鞭炮的赞成者。其实，我的立场与其说是反对或赞成禁放鞭炮，不如说是对于一些城市立法机关的立法方式不甚赞成。这是禁放鞭炮之法可能产生的第三个弊害。实际上，在现代社会中，通过立法对社会生活加以管理的过程便是各种利益本身不断地相互竞争和立法者对此加以权衡的过程。德国名相俾斯麦有言：“世上有两物，爱好者不当去观察其制作过程。两物者，一为香肠，一为法律。”虽然语近调侃，但也道出立法过程的一方面特点。实际上，在法律的制定过程中，不同利益的竞争不见得只是一种无奈的现实，更是提高立法合理性的重要途径。这就是为什么在现代立法过程中，由立法所涉及到的利益集团和相关专家参加的听证会变得愈来愈重要的原因。例如，要制定禁放鞭炮之法，应当邀请反对燃放的市民代表、医生以及消防部门的代表到立法机关发表他们的见解，也应当邀请赞成燃放的市民代表、鞭炮生产和销售企业的代表、民俗学家以及心理学家表达他们的看法。经过充分的辩论、计算、妥协，最后确定是禁止，是限制，还是放任。可是，在我们禁止燃放烟花爆竹的各个大小城市中，有几个城市的立法机关举行过这样的听证会？

不经过严格的论证，一项如此重要的风俗便遭到废除，这开了一个不好的先例。既然过年放鞭炮的风俗可以禁止，下一步，我们的旧历年本身也未尝不可以废止——它的弊害同样明显得很。

1998 年 2 月 9 日燕北园

原载《工人日报》1998 年 4 月 25 日。

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《运送正义的方式》

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

恢复人民陪审制度？

by 贺卫方

不久前讲课香港，与《远东经济评论》专栏作家秦家聪先生谈天。他忽然问起大陆是不是要引进英美式的陪审团制度，看我有些诧异，他解释说，日前读新华社英文电讯稿，报道全国人大委员长李鹏在谈司法改革时，称应加强 people

jury

system。我一下子反应过来，无需查原文，这里肯定是英文翻译出了个错误，把人民陪审制（people

assessor

system）译成了陪审团制度了。这真是"失之毫厘，差之千里"，因为此陪审非彼陪审，这是完全不同的两种制度。

陪审团及其政治意义或自由的堡垒与民主的学校

流行于英国、美国以及其他英语国家和地区（包括我国的香港）的陪审团审判是一种源远流长的司法制度，也是一种颇为复杂的制度。简单地说，陪审团分两种，一是大陪审团，负责对犯罪的调查，或对执法部门关于刑案的侦查及证据加以审查，以确定是否向法院起诉。前不久讯问克林顿，把个总统弄得狼狈不堪的正是这种大陪审团。另一种称为小陪审团，这种通常由所在社区的十二个公民组成的陪审团担负的是审判职能，它要对刑事以及民事案件案件的被告人是否构成犯罪或民事侵权作出裁断。如果裁定无罪或不构成侵权，审判便结束。它认定有罪或侵权成立，再由法官适用法律，作出最终的司法判决。

这种由外行人担任裁断事实问题的法官的制度是相当独特的。熟悉英国历史的人们都记得在 1215 年的《大宪章》里规定人民享有接受与自己同等人审判的权利，这里的同等人审判就是指由当事人的邻居们组成的陪审团的审判。普通公民参加审判，并且在事实的判断方面享有独立于专业法官的权力，也标志着民众对国家司法权的分割。同时，在当地社区选择陪审员也使得为本地民众所信奉的价值准则成为制约政府以及专业法官意志的砝码。另外，

普通公民常常参加司法过程，于潜移默化之中受到法律家分析问题的思路、方法以及语言的影响，也是法治精神向社会渗透的重要管道。正因为陪审团有这样的作用，所以人们才对其称赏备至，我们经常听到的赞词是“自由的堡垒”，“民主的学校”。

陪审团与司法程序

如果从一个内部视角观察，我们还可以发现，陪审团的存在对英美国家的司法程序影响极大。陪审团垄断了对事实的判断，使得那里法官、律师、检察官们分析一个案件时总是要划分为事实与法律两个方面。所谓事实问题，指的是某个事件或某种行为在这个世界上是否发生过。而法律问题则是指适用于该事件或行为的法律条文的含义究竟如何。事实与法律的两分也影响到初审法院与上诉法院的分工，只有初审法院使用陪审团，因此在英美国家，上诉法院不再审查事实问题，也不再接受新证据。这与我们国家的情况形成了鲜明的对比。

陪审团对司法程序的第二个影响是，因为陪审团基本上是由不懂法律的外行人组成的，而且早期的陪审员多为斗大的字认不了一口袋的文盲，所以书面的方式就行不通了。法庭程序基本上都是通过口头的方式进行，双方律师之间雄辩滔滔、唇枪舌剑，在质询证人时巧妙地安排顺序与策略，目的都是要让那十二个外行人而不是那位专业法官理解和相信本方的主张。口头程序又引出所谓直接原则，证人原则上要亲自出庭接受律师的质询，从而使陪审员们可以更清楚地判断案件的是非曲直。不久前中央电视台播出陈希同案审判纪实，在我们看到的庭审过程中，提交法庭的证据居然全是以书面形式出现的，辩护律师和检察官没有机会对证人进行严格的当庭质询，这样的审判方式是英美法庭所绝对不可能出现的。

陪审团的存在也使得主审法官的行为方式变得消极起来。法官所要做的，是要为陪审团准确地判断事实创造一个最佳环境。怎样的环境最有利于揭示案件事实？那就是多发挥双方当事人及其律师的作用，让他们当着陪审员的面把各自的主张与道理说清、说透，自己则是“坐山观虎斗”，仿佛足球裁判，只是在发现有“犯规”情节时行使一下权力，使程序可以顺利进行，其他时间则是“三缄其口做金人”。从前英国就有一位法官，只是因为在庭审过程中多嘴多舌，双方律师无法完整地阐述自己的主张，闹得双方都提起上诉，而且都指控法官妨碍了他们的正当权利，最后导致上诉法院发回重审，这位原审法官不得不因此而辞去法官职务。

陪审团增强司法制度对外部压力的抵御能力

设置陪审团制度的另一个作用是抗衡外部对于司法制度的压力。在陪审团组成人员的选任过程中，当事人双方发挥了十分重要的作用。我们甚至可以说，陪审团由什么人组成，主要是由当事人双方来决定的。早在古罗马时代，就流传着这样的法律谚语，即“每个人都必须服从自己选择的法官所作出的决定”。因此，就当事人而言，陪审团所作的裁决是无需争议的，人们必须予以执行。反过来说，陪审团的决定，无论一方当事人多么不喜欢，只要程序上没有可挑剔之处，也只能老老实实去执行。这样一来，司法制度的运作结果在很大程度上就是当事人选择的产物，当事人无从加以攻击。许多人都记得洛杉矶那起引发全城暴乱的审判，由于是双方当事人选择的陪审团作出的裁判，所以即使是引发了那么大的暴乱，司法制度却没有承受很大的压力。甚至当时任总统的布什对司法制度提出指责时，联邦最高法院

首席大法官还发表讲话，公开地与总统唱对台戏，称法律不应跟着民情走。总统对司法制度的批评殊不允当云云。

也许，任何制度都需要一定的机制抗衡外部压力，只是我们的人民陪审制是否能胜任这一重要使命仍属疑问。

我们的陪审制

中国的陪审制度也是从西方学来的，但是其"血统"却是渊源于欧洲大陆以及苏联东欧。与英美国家的陪审团不同的是，在欧洲大陆和我们这里，陪审制通常的表现形式是由两名外行人与一名专业法官组成合议庭或所谓混合法庭来审理案件。在审理案件的过程中，外行人与专业法官享有同等的权利，并同时参与对案件事实的判断与对法律加以适用的各个环节。于是，英美体制下的那种法官与陪审团之间职能的划分就消失了，与这种划分相适应的程序要素也似乎变得没有多大必要。

当然，让外行人参与司法程序的基本理念有其共同性，那就是，把陪审制作为国家民主制度的重要组成部分来看待。列宁就曾讲，人民陪审制是公民参与国家管理的重要途径。1951年，我们颁布了《中华人民共和国人民法院暂行组织条例》，规定“为便于人民参与审判，人民法院应视案件性质实行人民陪审制。陪审员对于陪审的案件，有协助调查、参与审理和提出意见之权。”并提出人民陪审员按选举原则产生。此后，1954 年法院组织法又用了三个条款对人民陪审员的产生、权利、职责以及经济保障作了明确的规定。

在我国，50 年代可以说是人民陪审制的黄金期。当时的一些文章告诉我们，普通公民参与审理案件让他们有了当家做主的感觉。据 1956 年《新建设》的报道，辽宁凤城县的一位农民激动地说：“我下了半辈子的庄稼地，在旧社会，别说到法院工作，就是走到法院的门口，连屋里瞅都不敢瞅。这回去陪审，和法院干部平起平坐，吃饭睡觉都在一起，法庭的事，都由我们共同研究，一点没有两样的地方，真是当家作主啦。”北京的一位妇女说：“我们妇女在旧社会根本没有什么政治地位，只有翻身解放之后，才能和男子一样参加陪审工作。”

不过，很快地，人民陪审制便成为发动群众、积极参与阶级斗争的一种有效的工具。在当时的舆论气候底下，倡导专业法官与人民陪审员相互制衡以保护人权简直是不可想象的事情。到了文化大革命期间，干脆对法院实行军事管制，军人取代法官办案，并且发动群众对犯罪分子进行揭露批判，根本就无所谓法律程序。虽然在文革后法院组织法仍规定了人民陪审制，然而，这种制度到底有多大的必要性，却已经为人们所深深疑虑。

陪，还是不陪，这是个问题

其实，早在 50 年代，对人民陪审制的必要性就有过某些不同意见。主要的疑问有二，一是陪审制增加了法院的工作负担，这种付出是否必要；二是陪审员的工作质量，如果陪审员只是一种摆设，实质性作用并没有多少，那么，设置人民陪审制的意义究竟有多大就很值

得怀疑了。的确，自 80 年代中期以来，人民陪审制可以说是每况愈下，基本上处于名存实亡的境地。虽然在 90 年代初期，上海等地方的法院曾经尝试吸收高级知识分子充任人民陪审员，以更妥贴地解决某些涉及专门知识的案件，例如，处理医疗纠纷时，请医学专家担任陪审员，从而使法院的决定具有更坚实的专业基础，对当事人具有更大的说服力。然而，这样的做法并没有形成制度，其合理性也有待深入的检讨。

今天重提陪审制的话题，显然与当前舆论对司法腐败不满，因而要求将陪审作为监督司法官员的一种机制这一事实有关。虽然有人也试图倡导引进陪审团制度，但是从过去的实践来看，陪审团制度是很难成为法律移植的对象的。迄今为止，这种制度只在英语国家和地区发挥了应有的作用，法国、日本等国家的移植都以失败而告终。着眼于我国的民情以及司法传统，我们可能的选择恐怕只是二中选一，或者保留和改进现行——实际上已不太行——的人民陪审制，或者废除这一制度。两种方案各有利弊。保留陪审制的价值在于民众代表的参与，有助于强化司法制度的民主因素。外行人的参与也会在一定程度上抑制专业法官囿于专业的视角或行业的利益所出现的某些偏向，随着我们司法界的专业化水准的逐渐提高，这类职业偏向将成为一个不得不重视的问题。另外，由于陪审制改变了专业法官垄断司法权的现状，将能够缓解目前法院所承受的决策压力。

不过，保留陪审制所面临的困难也不容忽视。首先当然是这种制度的成本问题，如果我们要真正地发挥陪审员的作用，那么陪审员的选任、经常参与审判将成为法院的一项常规工作，而且这任务并不轻松，它会令本来就相当拮据的法院财政雪上加霜。如果法院既要维护这个制度，又要减少相关成本，最好的办法就是让少数几个人经常充任陪审员，成为半职业化法官，同时让他们变成摆设，不起实质性作用。果如此，保留陪审制还有什么意思？

第二个理由是对陪审员能否履行对专业法官的监督之责有疑问。监督的前提是陪审员要真正地履行法官的职责，切实地参与到诉讼的各个环节之中。同时，陪审员要保持自己的独立，不受专业法官的左右。而要作到这一点，陪审员的选任与罢免程序又变得非常关键。否则，我们恐怕又要叠床架屋，选任人民陪审员监督员对人民陪审员加以监督。于是又碰上那个老问题了：谁来监督监督者？

我们的这种陪审制在缓解制度所承受压力方面的作用并不明显是又一个理由。外行人并不独立地裁判案件的事实，他们与法官一起又判断事实，又解释法律，因此，与纯粹由专业法官组成的合议庭相比，混合法庭作出某些不受欢迎的判决时所面临的压力不会小很多。

最后，那种试图通过选任各领域专家充任陪审员，以更好地解决某些纠纷的做法也是值得商榷的。专家也有其行业利益，例如请医学专家担任医疗纠纷案件的陪审员，他能否保持公正的立场就大可怀疑。这里恐怕也有物伤其类的问题。而且即使是专家可以保持中立，当事人是否相信其中立性又是一个问题。不如让这些专家充任专家证人，他们同样要受到律师的当庭质询，他们的意见可以为法官所参考。

原载《南方周末》1998 年 10 月 23 日。

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《运送正义的方式》

极端难题

by 贺卫方

打开电子邮件信箱，来自一家报纸编辑的信翩然而至。细看内容，却是大出意外——

现在社会上有一些年轻的妻子，因为种种原因不想生育孩子。如果怀孕了，她们会瞒住丈夫，偷偷地去堕胎。这样一来，原来和美的夫妻感情因此破裂，甚至两人大打出手。丈夫觉得受到了伤害，他想将妻子送上被告席。请问：

1、在中国男人有生育权吗？

2、作为一个身体健康的妻子，她有理由不生孩子吗？

3、他们该如何处理这个家庭问题呢？在这个问题上谁的话分量更重？

4、他们各自的处理方式是否正确？

上述问题，请贺教授从法学的角度加以分析，能否尽快给予答复。

尽快答复？天哪，这哪儿是我能答复的问题！丈夫执意要孩子，而怀了孕的妻子却坚决要把那幼小的生命消灭掉。这可如何是好？这是一个法律问题么？

请允许我急用先学，查一下法律——《中华人民共和国婚姻法》。然而，翻遍全文，却怎么也找不到跟男人生育权有关的规定。有的，只是下面这样一些条款：

“夫妻在家庭中地位平等。”（太太擅自堕胎，违反平等原则么？恰恰符合平等原则也未可知——凭什么大老爷们始于满足性欲，继则逍遥自在，而偏偏女人要承受十月怀胎之苦外加一朝分娩之险？！这明显的是不平等。纵然这种不平等来自造物弄人，我们不信邪的当代巾帼也绝不答应！）

“保护妇女、儿童和老人的合法权益。”（听到了么，这里不包括男人噢。当然，老人可以包括老男人，但是，你现在还差得很远哪。况且你太太肚子里胎儿的生死是否算是你的“合法权益”还难说呢。）

“禁止溺婴和其他残害婴儿的行为。”（谁告诉你出生之前的“东东”叫“婴儿”？）

“晚婚晚育应予鼓励”；“夫妻双方都有实行计划生育的义务”。（将胎儿堕掉，不仅是晚

育，简直是不育，是最积极地响应国家号召的行为，不受表彰已经是很委屈的事情了，还要把俺送上被告席，实在是岂有此理！）

如此看来，婚姻法对于丈夫的生育权是没有规定的，或者说，对于妻子将腹中胎儿整死并没有限制。“法不禁止皆可行”的原则，她可以不经过丈夫的同意而堕胎，也有权利选择不生孩子。可是……可是，引“法”据典了这么半天，得出的结论却是这般无奈，未免让那位希望我从“法学”的角度加以分析的编辑失望。也许，他会希望，纵然现行法律如此，但作为一个法律人，尤其是一个男法律人的我，可以通过对这类事例的分析，指出现行立法的缺陷，然后疾呼、呐喊，促成婚姻法的修改，增加这样的条文：

“夫妻双方均享有不可剥夺的神圣的生育权，未经一方书面许可，另一方不得堕胎。”

有必要么？或许有人主张有，但是，我却不赞成。理由么，其实很简单：这样的事例实在是少而又少。法谚云：“特例不应成为立法之依据。”环顾四周，我从来没有发现在是否要孩子问题上发生严重冲突的夫妻。

可是，既然报道出来了，说明这样的情况毕竟存在。那位偏偏赶上了的可怜丈夫的利益谁来保护呢？答案十分简单：是丈夫自己。如果你的太太在是否生儿育女这一重大问题上与你势不两立，如果她珍惜其他东西胜过对你的爱以及对和美家庭的依恋，解决之道直截了当：跟她离婚，另找一个愿意跟你生孩子的人结婚，生去。

至于“大打出手”，真是下下策，既侵犯人权，又贻误战机，何必呢？

（作者系北京大学法学院教授）

http://www.legaldaily.com.cn/gb/content/2001-04/01/content_15615.htm

上传时间： 2001/9/19 文章来源：法制日报 2001 年 04 月 01 日

监督到家了

by 贺卫方

看了关于忠县法院动员法官家属参与廉政建设的报道，我一时有些不知道说什么好。这些年来，为了增进司法廉洁，实现司法公正，各地各级法院推出了各种各样的措施：错案追究，人大个案监督，当事人评议法官，在法庭中安装监视镜头……花样繁多，不一而足。但是，监督进入家庭，把法官的妻子——或丈夫，因为报道说绝大多数法官是男性，下面我们姑且用妻子作为法官配偶的代表——也发动起来，跟她们签订责任书，要求她们对法官丈夫

进行人盯人式防守，八小时之外再加上周末时间，丈夫外出要先盘问确实，干什么，跟何人在一起，吃饭谁付帐，在什么地方吃饭，而且还要定时跟法院汇报丈夫的行踪，法院还要对于表现好的妻子授予荣誉称号外加奖金，表现不好的，则要负连带责任，这样的改革措施，我还是第一次听说。联系到社会舆论对司法公正的普遍疑虑，这样的措施能够出台并非偶然。报道说，忠县的改革还可能在重庆市整个法院系统以及其他政府部门推广，这让我感到很不安，觉得有必要谈些自己的看法，以为商榷。

尽管忠县法院推出这样的改革有其良好的和可以理解的动机，不过，动员妻子监督丈夫还是走得太过了。家庭成员之间的关系是人类最基本的伦理关系之一。夫妻之间需要互敬互爱，爱的基础是相互的信赖。尽管我们未必接受孔子把家庭伦理视为社会秩序得以成立的基础的哲学，不过，一个破坏家庭成员之间的信赖关系的制度却足以损害整个社会秩序的和谐。另一方面，我们也不允许那种把家庭视为建构国家秩序工具的柏拉图主义观念；家庭的成立要早于国家，爱的伦理在一定程度上恰恰是正义得以建立的基础。试想，当没有了爱，人类社会岂不是要变成一种机器人社会的状态（新的电影里，机器人之间尚且有情感呢）。我们遗憾地看到，忠县法院的改革正是把家庭当作实现某种社会秩序的工具。让妻子握有监督丈夫的权力，甚至也是必须履行的义务，这将从根基上扭曲和破坏夫妻关系的基础，从而带来更为严重的家庭以及社会伦理失范的后果。即使是能够在个别情况下对法官行为有所约束，但是长久地看，付出的代价却将远超过它的收益。用古人的说法，可谓“赢了猫儿赔了牛”。

妻子不应该被用来监督丈夫的第二个理由是，它不可能达到预期的结果。我们看到，某些妻子之所以比较热衷这项改革，并不是看中其便于揭露丈夫收受贿赂。迄今为止，妻子因为丈夫收钱而向官府告发的情况还是极其罕见的，更常见的情况反而是“夫唱妇随”，甚至妻子在第一线。因此，试图用这样的措施减少法官收受贿赂恐怕是一厢情愿。有些妻子的赞成似乎是由于她们可以借助组织的授权，对于丈夫与异性交往加以监控。然而，决策者稍微想想就会知道，当丈夫出现了婚外恋，做妻子的该怎样做？理性的选择有两种，一是通过私下的交流挽救处于危机中的感情，让丈夫幡然悔悟，使得破镜重圆；如果事情真正已经无可挽回，那么她会选择通过协商或诉讼的途径解除婚姻关系。最不可理喻的做法是将丈夫的事情向他所在的机构告发，但是同时她又想维系夫妻之间的婚姻以及感情。因此，鼓励妻子告发的做法似乎把妻子们以及法院自己都推到了两难境地：告发或鼓励告发，那么结果是本来可以修复的关系变得覆水难收，法院也干脆成为法官家庭关系的离间者；不告发或不鼓励告发，则在解决了家庭问题的同时，妻子却违反了她必须履行的义务，当然也使得法院构思美好的改革归于失败。

这项改革的第三个可能的缺陷在于，人们假定，监督者与被监督者相比，具有道德上的优越性，然而，这种优越性是否存在本身就是大可怀疑的。妻子监督丈夫，法院与妻子订立有关监督的责任书，她们要定期向法院举报丈夫的不端行为。报道显示，法院院长以及纪检组组长、办公室主任等行政官员在这个监督链条中居于最高层次。那么，一个问题自然而然地就会提出来：是什么因素让这些行政官员具有了在道德上监督法官的权力，这种权力的正当性的基础在哪里？每个人都具有自私的一面，圣如孔子，不也很实在地说“吾未见好德如好色者也”么？媒体刚刚报道了辽宁省高级人民法院前院长田凤歧在任期间受贿腐败的案件，这不过是许多大权在握者更需要监督的例证之一。因此，谁来监督监督者的老难题就摆在我们面前。当然，报道告诉我们，院长自己也签订了责任书。可是，按照时下的流行做法和法院的权力结构，院长的这份责任书不过是起个启动时的表率作用而已。如何防止监督别人的人自己不受监督，如何减少监督者利用他们的权力获取不正当的私利，进一步，如何避免行

政官员假借这类名目繁多的监督削弱法官本来就没怎么确立起来的独立性，所有这些，都是需要我们改革的决策者们深思长考的大问题啊！

常言所谓“到家了”，有时是说真的回到了家，有时却是一个引申的含义，说的是某种很高境界的到达，诺瓦利斯干脆说哲学本身就是一种回家的冲动。忠县法院的这项改革让监督到家了，但是却没有进入一个好境界，也是一条走不通的路。司法界目前存在的腐败以及其他不公正的现象的确迫切需要采取措施加以解决，不过，我们还是应当避免“病急乱求医”。司法的清廉与公正取决于路向正确的制度建设。在过去发表的一些文章里，我曾经对于这类制度进行过不少论述，这里就不再展开了。要之，司法官员选任上的高标准，法官群体由于其同质性而带来的所有成员分享同样的职业伦理准则，以及由此产生的同事之间的约束与监督，司法独立所给予一个法官的尊荣和自重，独立、责任与荣誉之间的紧密结合，法官的高薪以养廉，法官与所在社区之间的适度距离等等，都是法官能够长久地保持廉洁和公正的治本之策。当然，法官的心理健康也是非常重要的，而心理健康的前提条件之一，乃是家庭成员之间的亲密信任而不是警惕防范。

2003 年 5 月 19 日凌晨

上传时间： 2003/6/12　　文章来源：雅典学园

建立统一的司法研修制度

by 贺卫方

最近，我国司法改革的一个新成就是国家统一司法考试制度的建立。一个人，尽管在高等院校接受过法律教育，但是，要进入法官、检察官和律师这三种主要的法律职业，还必须通过国家司法考试。新制度的重大意义在于让司法三职业从一个门槛进入，这必将对中国法律职业共同体的形成产生有力的推进作用。另外，统一考试也有助于统一司法三职业对法律概念、原则、规范等的理解，减少司法决策的随意性和不可预期性——缺乏可预期性正是当下我们司法制度的最大弊端之一。

随之而来的一个需要讨论和建立的是统一的法律家职前培训制度。我们知道，囿于学制等因素的限制，大学的教学内容必然是侧重理论的，与此同时，让未来的法律人掌握系统的法律理论以及更为广泛的人文社会科学知识也是设立大学法律院系的基本宗旨所在。但是，一个难以避免的后果是，毕业生不可能在大学期间掌握法律职业所需要的实务性的技能。近年来，司法实务界对新进入的毕业生缺乏实际工作能力辄有怨言，甚至有人主张大学的法科教育应有更强的实践指向，以提高学生们的动手能力。虽然目前的大学教育确有值得改进之

处，但是，试图将大学降低为熟练工匠培训所的主张是值得质疑的。实际上，将理论型的法科毕业生转换成实践型的法律人的任务应当放在大学后完成。

这就是位于司法考试与实务工作起点之间的司法研修制度的宗旨所在。司法研修这个名号来自日本。在那里，所有将来要从事司法三职业的人们在通过艰难的司法考试之后，都要进入日本司法研修所接受为期一年半的学徒式训练。法律学徒们都要跟随法官、检察官和律师学习，领悟和把握三种职业的实际技能，从而确保此后进入实务界时能够很快进入角色。我们观察其他大陆法系国家或地区，尽管存在着某些具体环节上的差异（主要是一些地方法官、检察官的研修在一起，而律师则单独进行），但是职业前的研修制度却没有例外一概都有的。

１９９５年８月，我有机会访问过日本司法研修所，回来后发表文章对该所的基本情况加以介绍。在谈及日本的做法对我们的借鉴意义时，曾专门讨论了统一培训的重要性：

日本制度最具特色的是将律师的职前培训与法官和检察官放在一起进行。这种一体化的研修模式的优点之一是能够集中培训法律家所需要的师资、图书资料和财力。更重要的一个优点在于，这些未来的法官、检察官和律师在这两年（按：当时的研修期尚未缩短为一年半）的时间里，研修在一起，生活在一起，相互之间不断的切磋交流，有利于形成共同语言和法律职业一体化的意识。正是这种共同的语言和意识才可以造就一个所谓“解释共同体”（Ｉｎｔｅｒｐｒｅｔｉｖｅｃｏｍｍｕｎｉｔｙ）。假如一国的法律职业者不能够形成一个团结的、具有共同语言的集团，他们与外部社会的交涉能力就必然弱小，更谈不上所谓司法独立了。同时，法律界内部的沟通和交流也会变得障碍重重，司法过程的配合与制约势必变成不配合、难制约。

我也在文章里谈了设置我国司法研修机构的具体设想，现在看来，还有老调重弹的必要。姑且引在下面，结束这篇琐话：

……我国现行的职业培训基本上是以部门划界的。法院、检察院、司法行政部门、律师协会、公证部门都设有各自的培训机构。虽然这些机构在提高法律职业者的素质尤其是进行学历教育方面作出了很大的努力，但是，同类机构的重复设置却造成了人力、物力等资源的巨大浪费，人为地增加了不同的法律职业者之间的隔阂。同时，各部门设置的培训机构在教学内容、教学方法等方面与大学之间又不存在明显的区别，甚至可以说是在更低的层次上重复。学员在结业之后也可以拿到同样的法学学士乃至硕士文凭，这又造成了教育秩序的混乱，降低了文凭应有的价值，其负面效果实在是不应该低估的。

当然，我们国家人口太多，律师数量目前还太少，但法官与检察官却都是规模过于庞大。每年这三种职业的新加入者至少有两万之众。这么多的人员全部归口到一个研修机构显然是不现实的。但是，一体化培训并非意味着一所化培训。我们可以考虑设置中央和大区两级司法研修机构，即在中央一级设立国家司法研修所（或研修中心，名称如何取可以再斟酌），负责全国在职法官的定期研修。法学本科毕业生中愿意从事司法工作的（包括法官、检察官和律师三种职业），都必须参加统一的全国司法考试，合格者进入设在一些中心城市（如东北的长春，华北的北京或天津，西北的西安，华东的上海或南京，西南的重庆或成都，华南的武汉或广州）的大区司法研修所接受严格而规范的训练，研修结束成绩合格者方能取得从事法律职业的资格。

（作者系北京大学法学院教授、博士生导师）

http://www.rmfyb.com/public/detail.asp?id=27489

建设透明法院

by 贺卫方

随着司法改革的深化，司法公开、透明的问题愈发引人注目。

不过，稍微考察历史就会发现，司法公开乃是我国一贯倡导的原则。我国第一部宪法即1954年宪法就明确规定了公开审判的原则："人民法院审理案件，除法律规定的特别情况外，一律公开进行。"所谓"法律规定的特别情况"，其实也没有什么法律加以规定，按权威解释，是指"有关国防、军事的机密及私人隐事"两种情况（1954年11月28日《光明日报》社论）。跟今天的论证方式类似，当时也把公开原则与社会主义司法的民主特征相联系。

同年，王怀安先生在《人民日报》发文论述人民司法制度的优越性，指出："由于我们人民法院的审判是代表着最广大人民的最大利益，因而也是代表着真理与正义的。正义的审判就没有什么'不可告人'的地方，它就敢于公开进行。"他认为公开审判的意义有二：一是将法院活动置于广大群众的监督之下，从而保证审判的正确性。二是可以发挥法院对人民群众的教育作用。他还表示，"遇着同广大群众利益有关的、富于教育意义的典型案件，还特别选择最便利于群众参加的地点和时间，以吸引更广泛的群众来旁听。"

或许是始料不及的结果，或许是大众司法的必然，伴随着政治气候的变化，这种公开审判制度迅速演变成发动群众开展阶级斗争的工具。缺乏程序观念和必要的权力制约，使得公开经常在被滥用的同时又大打折扣——虽然有形式上的当众宣判，而实际决策过程却是秘而不宣。至于"文革"中盛行的那种假公开审判之名，行大批判式草率审判之实，在高度情绪化的场景下，任意判刑，草菅人命的事例，则更是令人不寒而栗的民族梦魇。这段历史告诉我们，司法公开固然十分重要，但是，如果没有相当健全的法制和严格的程序意识，没有追求正义的职业化司法官员群体，公开可能使司法走向更加随意甚至恐怖。

"文革"后，审判公开原则也一如既往地得到我国宪法以及刑事、民事和行政诉讼法的确认。但是，究竟怎样才是公开、透明，怎样的行为属于违反公开原则，我们却很少切实地关注。与此同时，在实践中，种种有碍于而不是有利于司法公开的做法变得日趋流行。这不仅仅表现在法院一直是戒备森严、"闲人"免进的"衙门"，而且法院还通过一系列具体措施强化了司法决策的封闭特征。例如案件卷宗的所谓"正卷"、"副卷"两套卷宗的做法，当事人及其律师或检察官能够查阅的只是正卷，而副卷却由法院内部控制，外人无权查阅。然而，某些影响案件判决结果的因素———合议庭成员以及审判委员会中的不同意见、上级法院以及某些有权者就案件处理结果所作的"指示"等等———恰恰只有副卷之中方有记录。于是

副卷就成为名副其实的暗箱。

司法决策的封闭又体现为将庭审过程与实际决策过程相分离。不少案件的决策权并非由主持庭审的法官把握，而是操纵在当事人所看不见的某些人———如审判委员会委员们———中；庭审过程成了走过场，所谓“判者不审，审者不判”。如果说，庭审过程由于双方当事人在场还能够起到某种监督作用的话，审判委员会的讨论与决策又有谁人监督呢？

司法判决书的神秘主义是暗箱作业的另一特征。长期以来，我们法院的判决书风格一直是惜墨如金，言短意薄，通常只是简单地将法院认定的案件事实描述一下，接着就引用某个法律条文作出判决。在这样的判决书中，人们看不到法官对双方当事人及其律师所提出的主张以及相关证据的详细回应，看不到法官对何以引用特定条文的论证，看不到法官对相关条文含义及其与案件事实之间的关联性所作的细致解释，总之，司法判决中不存在严格的法律推理。对于那些希望或者被迫要上下其手的法官来说，这样风格的判决实在是正中下怀，可谓“所欲胜固胜，所欲罪固罪”。

封闭、不透明的司法不仅害及当事人和民众，司法机关也是受害者。秘密决策削弱的首先是法院的权威。在现代民主制度下，司法权只是一种受托权力，它最终应当服从于人民的控制。司法过程的封闭既违反了民主原则，从而危及司法权的合法性和正当性，同时也加剧了民众对司法机关的疑虑，增大了司法权行使过程中的阻力和司法制度本身所承受的外部压力。最后的结果，司法机关在整个权力结构中愈来愈走向边缘化是必然的。

不仅如此，封闭司法也是与司法程序的内在要求相反的。既然法院是纠纷的处理者或仲裁者，富于效率地解决纠纷总是追求的一个重要目标。那些能够使纠纷得到最有效解决的方案，往往并不一定是裁判者自身认为合理者，而是能够令纠纷当事人心悦诚服地接受的方案。怎样才能获得这样的效果？让争议双方把话说在明处，将证据摆在面前，无所偏私的裁判者根据这些双方亲眼目睹的证据、亲耳聆听的法理对案件作出判决，这种公开的程序更有助于获得一个双方容易接受的结局。相反，法院暗箱操作，当事人就无法对法院产生信任，即使判决公平，败诉方也会满腹狐疑，认为对方的胜利来自不正当的幕后交易。最终，法院将招致越来越多的抱怨和抵触，承受越来越沉重的社会压力，甚至带来更广泛的社会疏离。

是彻底解决这个问题的时候了。除了允许公民自由旁听、通过落实法官独立以消除审判脱节之弊以及强化判决书说理之外，我们还需要把判决予以公开。在今天这样的网络时代，一个过去很难完成的任务变得唾手可得，那就是将全国各级法院的所有判决书文本———当然，法律明确规定不能公开者除外———全文及时和不加修饰地在网络上发布。这是一个最低限度的司法公开要求，同时也是一项惠而不费的并具有实质意义的司法改革举措。

上传时间： 2003/8/18 文章来源：南方周末

江平教授被免去校长职务（旧日记一则）

by 贺卫方

作者按：1990 年 1 月，我自中国轻工业品进出口总公司出来，多亏江平校长以及人事处倪才忠处长、比较法研究所潘汉典教授以及高鸿钧兄等的帮助，我得以重回中国政法大学。一年多以前我刚从该校调离。记得当时因为江老师不愿意放我“下海”，反复挽留不成，曾“气急败坏”地跟我吵了一通。当时自己很难想象这么快便又回到政法大学，走在校园里，心境十分复杂。我对江老师充满了敬意和谢意，特别庆幸能够在他的校长任期的最后时刻调回学校。不到两个月之后，江老师的校长职务终于被免去了。

时间如白驹过隙，十年光阴匆匆而去。十年来，不担任校长——后来连全国人大常委的职务也没有了——的江老师似乎比以前更忙：带学生，做讲座，参与立法，出国讲学，还不忘忙里偷闲地欣赏英超意甲世界杯。我虽然后来又调离政法大学，但幸运的是还是经常有机会跟江老师一起开会、出访、编辑丛书，甚至回到政法大学与江老师同台举办学术讲座，这不仅让自己在学术上受到多方面的启发，而且时时得到江老师的人格魅力和生活安排上健康而富于活力的风格的熏染。

2000 年 12 月 28 日是江老师的七十华诞。依照学界惯例，在德高望重之学术大家华诞庆典之际，同事友人、门生弟子将各贡献一篇学术论文，辑成一部祝寿文集出版，此既作为对寿公之献礼，又推动学术研究之进一步发展。惭愧的是，自己学业荒疏，又是民商法方面的外行，实在拿不出像样的论文作为献礼，只能翻检出十年前的一则涉及到江老师的日记以为纪念。古人所谓野人献芹，指的是并不稀罕的东西，然而我的这篇日记因为记录了江老师在十分特殊场景下的一段演讲而具有了特殊的意义（曾跟江老师谈起，他说时间过去很长，自己都记不真切了）。衷心地祝福江老师福寿绵长。

1990 年 2 月 15 日 星期四

今天学校开学，下午召开全校教师大会，司法部派员来校宣布免去江平老师校长以及校党委委员职务，会议气氛相当凝重。虽然在有关文件对此次人事变动的解释比较低调，然而每个人都清楚江老师去职的显而易见的背景。官方文件宣读完毕之后，安排了江老师的讲话，全体教师以长时间的热烈掌声欢迎他。虽然没有记录，我还是能够大致记住他的讲话内容。

“首先，我对于司法部党组免去我的校长以及校党委委员职务的决定表示拥护。实际上，自担任校长职务以来，我一直感到不能够胜任这副重担。自己也多次萌生辞去职务的想法。尤其是最近一段时间，大学校长这个角色愈发不好干，自己愈发不能适应国家的要求。今天终于被免去了职务，我好象卸下了一个沉重的包袱，感到了一种特别的轻松。自己本是一介书生，从教师中来，现在又回归到教师中去，我想起陶渊明的话，‘田园将芜兮，胡不归!’能够回归到自己的学术家园，我感到由衷的欣慰。

“我是从本校的前身北京政法学院开始自己的大学教师生涯的。几十年来，自己所有的酸甜苦辣都跟我们这个不大的校园联系在一起，对于这里的一切充满了感情。能够为学校做

些微薄的贡献，是自己的责任。当然，由于自己能力和水平上的原因，许多事情想做没有做成，或者没有做好。我想今天是一个机会，向大家表达我的歉意，尤其是我得罪过的人们，希望你们能够原谅我。

“从今天开始，我不再是校长了。但我仍然是学校里的一个教师。今后校领导有哪些工作需要我参与或者协助，我仍将全力以赴。另外，我现在还担任全国人大法律委员会委员的职务，我将一如既往地积极参加立法方面的工作，为我们国家的法制建设作出自己的贡献。总之，无论地位怎样变化，无论从事哪种工作，我都将力求无愧于历史，无愧于人民！谢谢大家！”

出席会议的全体教师再一次用长时间热烈的掌声向老校长表达敬意……

上传时间： 2002/9/27 文章来源：北大未名站

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

网友评论发表评论>>只显示最新 10 条。评论内容只代表网友观点，与本站立场无关！

『网君・过客』于 2006-4-21 16:25:00 发表评论：

身为八十年代成长的人，不能只是表以感动涕零，而当秉持批判的理性直面历史背后的艰辛与正当・・・

你们留给八十年代出生者的，不能只是学人埋头的鞠躬尽瘁而已，更应是勇于反省、说透历史缘由的胆识与气量・・・这，又何尝不是你们的历史责任呢！？

请不要再让我们沦于历史空白的无知了，我们不想永远长不大————————八十年代出生者谨记！*

1984

『网君*过客』于 2006-4-21 15:36:00 发表评论：

见此文字，首先是感慨，而后是悲凉！

感慨的无疑是，江平之风骨，

悲凉的，却一时难以言语！————大学的桎梏，学术的枷锁，学人的压迫・・・・・・

『photoshop』于 2006-4-19 16:50:00 发表评论：

失去一条腿的人，还能坦然的面对人生，不简单。

『泡泡漂漂』于 2006-3-4 19:39:00 发表评论：

向江教授的广阔胸襟鼓掌,也向贺教授的诚实坦白致敬

『波泽古今』于 2006-1-10 17:25:00 发表评论：

如果想负起齐家、治国、平天下的责任，我们的读书人门如果没有像江老师、贺老师那样以出世的胸襟作入世的事业往往会流于世俗。

『石竹』于 2006-1-5 23:15:00 发表评论：

江老永远是我们最敬爱的校长

『04 级小辈』于 2006-1-1 16:06:00 发表评论：

谢谢贺老师还原了这段历史;

谢谢江校长创造了这段历史!

『04 级小辈』于 2006-1-1 16:06:00 发表评论：

那段历史,寒风中透着坚强;

这些人物,温厚中留着刚毅!

『鹰眼乌鸦』于 2005-12-29 16:14:00 发表评论：

没有人可以代表法律，但江老足以代表中国法律人的精神。

『徐家旺』于 2005-11-27 21:05:00 发表评论：

学高为师，“德”高为范

将“狗急跳墙”扫出法律文书
by 贺卫方

方舟评论

□贺卫方（北京大学法学院教授博士生导师）

昆明市的检察系统近日规定，在有关法律文书方面，重视对事实与证据的叙述和对法律程序环节的准确记录。令人印象深刻的是，法律文书语言风格改变了，激烈的和情绪化的表达用语不再被使用，例如不得用“丧心病狂”、“狗急跳墙”之类语词形容犯罪嫌疑人。

我认为，这是一个值得引起充分关注的进展，此举表面上看只是要求检察官在语词风格上有所改变，但是，法律语词事关刑事被告人的地位，事关国家与公民之间的关系，甚至关乎法治的基本准则是否得以遵循。考察一国法治的程度，法律话语是否足够理性化乃关键指标之一。

迄今为止，我们法律话语中十分情绪化的表达，大致上可以说是从前阶级斗争年代的流风遗韵。在两个阶级你死我活的年代里，司法作为无产阶级专政的工具，当然是要具有鲜明的阶级立场，例如要区分两类不同性质的矛盾，对人民要春风化雨，对敌人要无情打击。司法机关性质的这种定位对于司法官员选任、司法机关管理模式、司法权的行使方式等等都产生了深刻的影响，也理所当然地塑造了我们的司法话语风格，造就了我国法律话语与政治话语的高度一致，甚至某种军事化的语言也盛行于司法机关中。我曾经描述过当时十分流行的这类表述：“司法界被称为‘司法战线’，法官之间乃‘战友关系’，人们经常说要发挥法院的‘前沿阵地’和‘战斗堡垒’作用，法官要‘能征善战’有时还要‘大兵团作战，……力求每战必胜。”在司法机关只是阶级斗争工具的前提下，让法官、检察官使用那种诘屈聱牙的法言法语，实在难为他们了。

而在司法领域中对法言法语的排斥是我们的古老传统，科举取士造就了我们国家治理以及司法裁判的一个重要特色，那就是文人或诗人治国。当行使行政和司法权力的官员们所使用的语言充满了文学色彩的时候，决策的精确性和可预期性就不免要大打折扣了。“移干柴近烈火，无怪其燃；以美玉配明珠，适获其偶。”乔太守这种诗化语言写就的法律文书在当时的年代俯拾皆是。

不仅如此，官员在道德上的优越感让我们在古典司法判决中看到对人格毫无顾忌的贬损：“不念旧恩，嚣然吠主”——这分明是骂狗的话；“城狐社鼠，昼伏夜动”——干脆直接用动物说话了；“背本忘义，虽禽兽之不若”——好嘛，这一次，连动物都不如了。

文学语言带来的是夸张或者是含蓄，不强调理性和严密；但法律决策最基本的准则恰好就是理性和严密。法律要求遣词造句上的精确，要求贴切地反映事件和法律原理的本来面貌，要求严格地遵循形式逻辑进行法律推理。我们使用的法律术语和概念，便是对人类行为加以细致研究之后的提炼、分类和精确化。它们尽可能地避免夸大煽情，最大限度地减少决策主体个人情感对决策结果的影响，力求将法律分析与道德和政治考量相分离，并且在追求法律语言与日常语言的区别过程中实现法律以及司法的独立，实现现代司法对人格尊严和人权的妥帖保护。

所以我们有理由相信，昆明检察系统此举是迈向真正法治的重要步骤，而非细枝末节。因为一位哲人说过，我们生活在语言所构造的世界里。

http://www.nanfangdaily.com.cn/zm/20020725/xw/tb/200207250439.asp

上传时间： 2002/7/26 文章来源：南方周末 2002-07-25

叫我如何不恐惧
by 贺卫方

读《中国青年报》关于隆回一中推荐保送生黑幕的报道，对于一名大学教师来说是一种折磨，一阵阵莫名的恐惧不断地袭击我的心——十多天后我们就要面对那一群群新入学的大学生，他们中间当然有保送生。他们是从隆回来的么？对了，隆回一中只有 14 名，所占比例不大，可是，谁敢打保票说隆回只是一个例外个案而非冰山一角呢？其他地方的保送生是否也是以“隆回法”选出的呢？走在校园里，看到每一个新生脸上都洋溢着的纯洁笑容，这种法律术语所谓“有罪推定”的心态让我感到不安，可是，如此触目惊心的报道让我如何不恐惧？

我当然愿意相信，大多数保送生是以自己的真才实学而获得保送资格的，可是，在相关制度是如此松驰，暗箱操作是那样易如反掌，保送生是这般容易堕落为“特权生”，一旦入学又完全无法对混杂鱼龙加以辨别的情况下，每一个保送生都将遭受株连，他们可能在绝大多数非保送生眼中成为另类。一些人会感到委屈：跟“他们”不一样，我们是从正道上来的！可是，这怎么证明呢？无法证明，势必使无辜者陷入“跳进黄河洗不清”的境地，“保送生”的称号由一个荣誉变为一个污点，他们今后怎么办？

考试之设原本为在较低的成本之下，用一种相对规范甚至僵硬的方式选拔人才。它用一次性闭卷考试的方式省却了每个人分别甄别的艰难。它当然不是完美无缺的。一些人平常学习非常优秀，然而一到大考就砸锅，山野有遗贤的情况难以避免。但这是考试制度本身所要付出的代价，因为任何其他选任方法要付出的代价将更大。例如，每个人分别甄别，人力财力的支出之大将难以估量，更不必说我们必须要对每一个甄别者加以甄别，还要设置更严密的监督网对每一个甄别过程进行控制，以防腐败，这是国家难以承受之重。于是我们只好“两害相权求其轻”。可是看出，对人性恶的一面的防范是考试制度的哲学基础之一。可是，为什么人们却要试图追求尽善尽美的境界，考试之外，又设置推荐保送生制度，结果反而为恶潮开启了闸门？

舞弊造假之风古已有之，于今（年）尤甚。如此多的新“科场案”对高等院校入学考试制度的伤害是巨大的。对于那些生活在社会底层的人们来说，儿女通过高考而改善其社会地位是他们的希望所在。古典时代，我们的帝国对于科场案的惩罚之所以达到株连九族那样的严厉程度，是因为考试风纪的松驰足以动摇帝国合法性的根基。在现代社会里，高考虽然已不是一个人惟一的进身之阶，但是，这并不意味着对践踏高考纪律乃至相关法律的人们可以像时下这样从轻发落。而且，比轻罚舞弊者更严重的我们在制度上给舞弊者留下太多的漏洞。隆回一中的这起事件有力地证明了，现行推荐保送生制度已经到了非废止不可的地步了。

2000 年 8 月 23 日写，载《中国青年报》25 日。

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《中国青年报》2000 年 8 月 25 日

具体法治

by 贺卫方

1981 年，华东师范大学出版社内部印行了关于胡适的两本书，总名为《胡适哲学思想资料选》，其中一本是胡适的哲学文集，另一本则是胡适“英文口述”，唐德刚“编校译注”的《胡适的自传》。这大概是文革后胡适作品在大陆的第一次复出，也可能是唐德刚先生作品在大陆的“首演”。奇怪的是，我读那本书，特别喜欢唐德刚先生附在每章后面的注释，书的本文——胡适的自述－－反而退居其次了。夏志清教授评得好：“德刚古文根底深厚，加上天性诙谐，写起文章来，口无遮拦，气势极盛，读起来真是妙趣横生。”从那时起，我对“唐派新腔”或曰“德刚体”简直是着了迷，见到唐氏著作总要买来读，从中获得很多教益。（1994 年公差银川，很意外地在一家书店买得香港天地图书有限公司出版的唐著长篇小说《战争与爱情》，读过之后却是不敢恭维；大学问家要写好小说实在不易。）

唐德刚先生过人之处不仅仅在于他的古文根底和妙笔生花，现代社会科学的严格训练和长期的域外生活经历更让他眼光独到，能发前人未发之幽。例如，《胡适的自传》第四章注四论及孙中山的《民权初步》，认为其重要性不亚于《建国方略》、《建国大纲》和《三民主义》，然而，却被某些人忽略了：

孙中山先生是近代中国最高领袖中，凤毛麟角的 modern

man；是真能摆脱中国封建帝王和官僚传统而笃信“民权”的民主政治家。他了解搞“民权”的第一步就是要知道如何开会；会中如何表决；决议后如何执行。这一点点如果办不到，则假民主便远不如真独裁之能福国利民。中山先生之所以亲自动手来翻译一本议事规程的小书，而名之曰《民权初步》，就凭这一点，读史的人就可看出中山先生头脑里的现代化程度便远非他人所能企及。汪精卫在“总理遗嘱”中之所以漏列此书，显然是说明汪氏认为这种小道何能与“总理遗教”的经典并列？殊不知我国的政治现代化运动中所缺少的不是建国的方略或大纲，而缺的却是这个孔子认为“亦有可观”的小道！……英语民族在搞政治上的优越性，就是他们会开会；认真开会，和实行开会所得出的决议案。其他任何民族开起会来都是半真半假。半真半假的会便不能搞“分工合作”和“配合工作”（teamwork）。而英语民族在政治上的最大武器便是“配合工作”。（页 89－90）

从前读这段注文的时候，即有振聋发聩之感。是啊，在过去的一个世纪，不，在整个中国的历史中，我们什么时候缺过显示高远价值或宏大价值的口号？从“为政以德”，一直喊

到“主权在民”，历朝历代，不绝于耳。但是，口号与现实之间的关系，总像《动物农庄》里的“七条戒律”与动物们的真实处境一般，反差到令人不可思议的程度。为什么我们总是摆脱不了“播下龙种而收获跳蚤”的怪圈呢？很重要的一个原因便是，我们不能把宏大的价值与不弃微末的具体制度与程序的建设之间结合起来。

比如开会，在现代社会，开会已经是最普遍的议事方法了。大到国家最高权力机构的大会，小到企业里的董事会、学校里的学生会，小区里的居委会，三教九流，各会其会，以致于有所谓“文山会海”之慨和平文山填会海的呐喊。其实，我们的问题并非会多，而是会而无果和会而低效。有多少会其实只是走过场的表决会或表态会，会议未开而决议已定；有多少会该审议而不审议，或者审议过程只不过是唱赞歌的比赛。我们什么时候认真地考虑过，为了便于真正的审议，一个立法机构由多少代表组成方为适当；根据人数与时间，是否对每个发言者的用时加以限制，以确保不同观点均可以获得表达；代表以怎样的方式产生能够实在地代表相关的利益，怎样的表决程序才有利于代表们表达自己的真实意图？还有，为了更有效率地开会，我们在会前是否作出了充分的准备（例如将付诸审议的议案事先发给与会者，以便更充分地发表意见），是否在会后对相关决议的实施设置有效的措施加以保障？

对于这些问题，如果我们扪心自问，恐怕真是要愧对八十年前的“总理遗教”了。

法治建设方面又何尝不是如此呢。我们的法律，从宪法到行政法规，目前已经是洋洋大观。宪法规定了“中华人民共和国的一切权力属于人民”，规定了“任何组织或者个人都不得超越宪法和法律的特权”，规定了公民所享有的一系列权利，规定了法律面前人人平等原则，规定了法制统一原则，规定了审判权和检察权独立原则。可是，当我们对照当下法律生活的现实，就会发现，宪法和法律中所规定的不少原则和权利缺乏具体的制度和程序作为保障，从而流于“口惠而实不至”的境地。

例如“法制统一”原则，虽有宪法规定，但是，如果法官的选任标准不一，他们对同样的法律条文或概念的理解就会参差不齐甚至大相径庭；如果没有协调高层次法院之间相关判决的有效机制，不同地方的司法决策当然肯定要各行其是；如果法院不能在审理具体案件时不能对低位阶法律是否与高位阶法律相符合，以及法律是否与宪法相符合（即合宪性审查），便无法细致地辨析那些表面上难以觉察的法律冲突。所有这一切，都是在提出法制统一原则时必须考量的前提。

重宏大价值而轻具体制度可能是我们悠久传统的一部分。在中国古典治理模式中，官僚与文人双重角色合二为一，科举取仕在妨碍了知识分化的同时又加剧了美文治国的倾向与空谈误国的后果。“君子不器”的副产品是我们的经典政治论说中充斥着“可以惊四座而不可行一步”的宏大叙事，整个国家的治理却是迟迟走不上轨道，只能在一治一乱之间徘徊。在过去的一个世纪里，中国社会已经发生了巨大而深刻的变化，但是，古老的传统却仍然在影响着我们的行为，影响着我们的制度建设实践包括汲取法域外经验时的视野。例如，我们观察欧陆与英美的政治法律学说与制度，每每受到欧陆理性主义和高亢的权利宣言的鼓舞，反而对英美式的谦和而渐进的学理与制度评价甚低。在经过一次又一次的剧烈的社会变革和革命的“洗礼”之后，我们终于意识到，宣言不等于现实；一个良好的社会制度实际上是由许许多多细微的甚至是琐碎的“小制度”合力构成的，仿佛滚滚长江本是由无数支江细流汇聚而成。离开了具体的法治，那种宏大而高扬的法治只不过是引起空气振动的口号而已。

这本小书收集了过去的两年多的时间里我的一些文章，我将其命名为《具体法治》以表达自己的上述追求。我依照内容粗粗地将这些文字分作四辑，再加上两次针对具体案件的讨论会的记录稿作为附录。辑一是比较宽泛的一部分，涉及到法治和法学，也有对民主问题的一些讨论。辑二的文字集中在司法改革问题上，这也是我近年来研究和写作的一个重点。这里的文章除了检讨古典司法传统的一篇外，大致上表现了自己对司法改革中所涉及到的一些更具体环节的见解，例如审级管辖、法官选任、司法管理、证据制度、检察权、司法与传媒关系等问题。辑三名为“事案评论”，是对一些具体案件、事件以及事务的评论，加上附录里面的相关文字，自己很希望通过对这些个案的评论，揭示法治原则是如何在其中得以体现或者扭曲的。辑四是四篇序文。书中一些文章发表后曾引起读者的回应，包括在网上的回应，它们对我更完整地思考一些问题颇有帮助。征得作者——网上 bbs 类栏目的作者除外，因为他们不大关注自己的著作权——的同意，我将几篇回应文章附在相关文章之后，以收共赏之效。

按照惯例，已经发表过的文章在篇末注明出处。我也借编集的机会，对其中的一些发表时由于篇幅或篇幅限制之外的原因而有所删节的文章恢复原状，同时，又一边编，一边对字句进行修改。当然，观点没有什么变化。在这里，我必须向这些年来一直给我关照或者向我逼“债”的编辑朋友表达由衷的感谢，他们是曹西弘、丁艳敏、方三文、高娣、郭国松、李晖、刘桂明、柳福华、马少华、马蔚、闵捷、秦平、王烽、吴琰、鄢烈山、张娜。

最后，应该说是最重要的，我应当感谢这套丛书的主编、我的老师俞荣根教授。当初筹划“法治之路”丛书时，承俞师不弃，将我列为编委。自忖远未具备挂名而不干事的资格，所以就应承写一本书，甚至书名都取好了，叫“美国法治透视”。后来才发现，透视云云，殊非易事。知识积累不足，难免眼力不济，书一旦出来，透视者反成为被透视的对象，透视镜呈现出的偏偏是作者的轻率和大胆。我想，率尔操觚何如含毫邈然，索性将那本问世无期的《美国法治透视》撤下，姑且用眼下这本《具体法治》取而代之。虽然从旨趣上说，它还算符合俞师以及李步云教授在前言和序里对这套丛书的定位，但这种鸡零狗碎、长短不齐的形式跟丛书中其他系统化的专著并列在一起，也实在——套用时髦的说法——是一道略嫌滑稽的风景。只好向俞师致歉，请读者包涵，尤其求丛书里的其他作者眼下留情。

贺卫方

2001 年 3 月 20 日 蓝旗营

http://211.100.18.62/fxsk/YDSG/reviewcontent.asp?fid=15209

上传时间： 2002/4/10 文章来源：北大法律信息网

柯克的故事

by 贺卫方

这是将近四百年前的事情了。1608 年的某一天，英国国王詹姆斯一世在宫中闲坐无聊，忽然想起，有一段时间没有到皇家法院去亲自审理几件案子了。何不去一趟，审一桩小民案件，解解闷儿，也顺便体察一下民情。

国王一行来到法院，遇到普通诉讼法院首席大法官柯克（EdwardCoke）爵士。令国王颇感意外的是，他要审理案件的要求在柯克这儿碰上钉子了。

“普天之下，莫非王土，这国家都在朕的统治之下，区区一桩案件，朕竟然无权御驾亲审，这是什么道理？”国王满脸不快，质问柯克大法官。

“陛下息怒，容臣禀告。陛下当然是国家的最高首脑，内政大事，外交方略，都由吾王总揽。但是，陛下要亲审案件这事，却是期期不可。”柯克显得很恭顺，但眼神中却透出一份坚定不屈。

“哈哈，国王不能审案，这倒是桩新鲜事。我的大法官阁下，你别给朕来这套抽象肯定，具体否定的花样。朕知道，吾国法律以理性为依归。你不让朕审案，显然是认为朕天生愚笨，不及你和你的同僚们有理性喽。”国王语中带刺儿。

柯克并不退让，一板一眼地说了一番话，这段话在英国法律史上极重要，我只得原文抄录（上面的对话出自我的想象）——

“不错，上帝的确赋予陛下极其丰富的知识和无与伦比的天赋；但是，陛下对于英格兰王国的法律并不精通。法官要处理的案件动辄涉及臣民的生命、继承、动产或不动产，只有自然理性是不可能处理好的，更需要人工理性。法律是一门艺术，在一个人能够获得对它的认识之前，需要长期的学习和实践。”

这次冲突是英国法律专业化历史上的一座里程碑。此后，英国的司法便成了职业法律家的垄断领域。不只是英国，在当今的西方各国，从事法律职业都要以正规的大学法律教育为前提。这里的大学教育跟我们这里所谓四年制大学不同，在英国、德国、法国、日本这些国家，大学法律系毕业之后尚不能直接从事法律职业，通常必须再经过考试，成功者还要继续参加两到三年的学徒式教育；在美国，过程是倒过来的，只有大学本科毕业者才可以考法学院，法学院的学制是三年。这样，在这些国家里，一个人要开始其法律职业，从进入大学起算，要经过六至七年的大学和大学以上教育和培训。屈指算来，一般人开始其法律职业时大体上总是接近或超过三十岁了。

不仅如此，在英国和美国（也包括我们的香港），一个人要成为法官还需要更长的时间。法律职业的新成员都只从事一种行业，即律师（包括检察官这种国家雇佣的律师）。大约十年之后，律师行业中的那些佼佼者才可能被选任为法官。无怪乎人们会说，在英美国家，法官与其说是与律师不同的行业，不如说是律师职业生涯的顶峰。

可以想象，法律院系的入门考试本身就是竞争激烈的，又经过如此漫长而严格的高层次教育和训练，再通过十年以上的职业磨练，从侪辈中脱颖而出，这样的法官称之为人中之龙

一点都不过分。在一个尚智而不是反智的社会中，这样的一个优秀群体所能获得的社会支持必然是广泛和有力的，同时，这样的群体对于法律发展所能够发挥的创造性作用也会是巨大的，这样的法官作出的判决更可能得到当事人心悦诚服的接受，这样的法官不太容易跟当事人在酒店里大吃大喝，这样的法官在收入和其他待遇方面高人一等没人计较。

当然，法官的专业化程度往往是与社会需求密切关联的。在一个各种关系相当简单的社会中，专业化可能只是一种奢侈品。例如，我们的传统社会大概就不大容易产生专业化的法官。不过，我们也应当看到，没有专业化，选任标准的不讲求，即使是在古代中国也是社会制度上的一个弊端。唐德刚先生论中国古典司法，称“毫无法理常识的‘青天大老爷’动不动就来他个‘五经断狱’。断得好的，则天理、国法、人情、良心俱在其中；断得不好的，则来他个‘和尚打伞，无发（法）无天’，满口的革命大道理，事实上连起码的逻辑也没有了。”

其实，我们的古人又何尝没有认识到这一点。《魏书・卫觊传》：“刑法者，国家之所贵重，而私议所轻贱。狱吏者，百姓之所悬命，而选用之所卑下。王政之弊，未必不由此也。”

转自中评网。

http://www.china-review.com/execute.asp?path=/content_files/7hwf4.htm2000622/7hwf4.htm&luntantitle=柯克的故事

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《运送正义的方式》

兰希海案与程序

by 贺卫方

在《南方周末》上读到兰希海案件的报道后，我并没有感到太吃惊。说实在话，这些年来，各种媒体报道司法和执法机关的种种枉法裁判、草菅人权的事情实在是不胜枚举，见得多了，不免有些见惯不怪。就以兰希海案的发生地山东省为例，数年前“焦点访谈”曾揭露过莒南县那位法院院长用扣“人质”的办法解决经济纠纷的行径，此公面对镜头，振振有辞地声称他“上管天，下管地，中间还要管空气”的情景许多人大约都还记得。不久前，骇人听闻的事件又揭露出来，一是维坊市一家法院的执行庭庭长醉酒之后居然把一个不会水的小孩抛进水塘，活活淹死。另一桩发生在泰安市，该市徐家楼派出所所长以及一班警察刑讯逼供，将一个无辜的人打得奄奄一息，为掩饰罪责，又故意将人致死，挖坑埋掉（见本版今年 9 月 4 日报道）。与这些死于非命的人相比，身陷囹圄一年的兰希海似乎该庆幸他还能活着出来。

不过，仔细读来，兰希海案件所揭示的问题可能更为严重，因为在这里，我们看到的是法律职业者以法律的名义，公然违反法律规则；司法机关将法律程序当作掌上玩物，任意塑造。超期羁押，歪曲证据，滥抓无辜，管辖混乱无度，恶行没人追究。我们不禁要问，为什么明明是“事实不清，证据不足”，检察院却仍要起诉，而且在审理结束无法证明有罪时，仍以所谓“不起诉决定书”文过饰非？既然检察院没有证据证明有罪，法院为什么不能直接宣布被告人无罪？为什么作为司法机关的检察院可以如此明目张胆地违反法律和程序？

从相关的报道看，这个案件背后有着某种不太看得清楚的因素在起作用。我无力也无意去分析这种背后因素（我当然希望有关部门能够给出一个清楚的说明）。这里要提出的问题是，怎样才能够克服我们的司法过程的这类随意性。众所周知，与人治比较，法治最大的优点之一在于，由于存在着明确的法律规则，人们在安排自己的行为之前，能够清楚地知道行为的法律后果，而不至于朝不虑夕，总生活在惶恐不安的状态中。过去人们在考虑规则的时候，多偏重实体法，而忽略了明确而稳定的程序法的重要性。我们需要法律对怎样的行为构成受贿罪有明确的界定，同时，也需要对司法机关以怎样的程序追究受贿罪，当事人受到追究时，享有怎样的诉讼权利——例如，受哪个法院和检察院管辖、羁押期限、哪个机构依据怎样的证明标准有权判罪等等——加以明确的规定。可以说，没有严格的、一体适用的程序，公民便无自由可言。不幸的是，兰希海遭遇到的恰恰是一群完全不讲程序的法律职业者。

无视程序的司法可能造成的恶果之一是“门户开放”，司法界之外的各种势力都可以对司法施加影响，司法于是常常变成一种“司无法”。近年来，出于研究的需要，我有机会与许多检察官、法官交谈，他们都是很正直的人，常常流露出对外部势力干预司法的不满，但是他们往往把这种干预归咎于某些领导的法治意识淡薄，而法律界严格地遵循程序对于抵御外部干预的作用却并不为人们重视。具体到兰希海案，我不大相信承办案件的检察官们都想制造冤案，然而为什么他们不能摊开双手，对试图干预的人说：“程序如此，我们只能照章办事”？

当然，他们没有对干预说“不”，原因不仅仅是对程序的重要性认识不够，更在于他们还要生存，人财物均仰仗地方领导，检察官、法官们都生活在地方权力网络的控状之下，这“不”字如何说得出口？说出口又有什么用？这样的司法管理体制不改，我国宪法所规定的法院依法独立行使审判权，检察院依法独立行使检察权只能是一纸具文。

“胶南市法院在无可争议的无罪事实面前，却迫于上面的压力，未敢作出宣判……”

但是，我们还是在等待着、殷切地期待着胶南市法院的公正判决。

原载《南方周末》1998 年 10 月 23 日。

上传时间： 2001/9/15　　文章来源：《运送正义的方式》

历史与社会交错中的当代法学学术史

by 贺卫方

就法学而言，有若干特点使得它与其他人文以及社会科学学科相区别。最突出的特点可能是，在中国，法学本身就是一个当代学科。古典时期，我们虽然也有律学，但是，与西方罗马法以降的法学相比，明显地缺少超验的价值诉求，与此同时，不存在专门的法律教育机构以及处理纠纷和案件的官员选任标准上的非专业化等等也阻碍了一个职业化司法阶层的兴起。法国著名汉学家爱斯嘉拉（J.

Escarra）曾这样评论道：

在西方，法律总是被尊崇为多少是某种神圣不可侵犯的东西，是神和人的女王，它好像是无上律令加之于每个人的身上，以一种抽象的方式在规定着和调节着各种社会活动形式的效能和条件。西方曾有过这样的法庭，其作用不仅是运用法律，而且常常就各种相互矛盾的利益所提出的和所辩护的各种争论来解释法律。若干世纪以来，在西方，法学家们已经建立了一种分析和综合的结构，一种不断要使成文法各种体系的技术要素完善化和纯洁化的“学说”大全。但是，当我们转到东方时，这种景象消失了。在亚洲的另一端，中国在她已经建立起来的精神价值和道德价值的强大有力的体系之中……就只能给予法律和法理学以一个卑下的地位。虽然并不是没有司法机构，但她只是愿意承认自然秩序，并且只是推崇道德的准则。……中国虽是一个学者辈出的国家，但她所产生的法律评论家和理论家却的确很少。（氏著《中国法》，1936 年法文版页 3，转引自李约瑟：《中国科学技术史》卷二，1990 年中译本，页 554－555）

中西方法律文化的这种差异当然会对于我们当代的法律教育以及法学研究产生某种影响。因为它是舶来品，于是在古典学术遗产里便很难找到可以利用的资源。即便有一些乍一看仿佛可以“古为今用”的材料，但是，单单是语言上的凿枘不投已经令人感到衔接无术了，背后价值精神的南辕北辙更使得中西会通的工作变得近乎不可能。例如今日中国民法学的一流研究成果，其中征引传统中国文献者几近于无，个别引用也只是一种修辞学意义上的点缀。中国法制史学家们费尽移山心力写成所谓《中国民法史》，却根本不入民法学人之法眼。其中原因并不能完全归咎于后者缺乏传统学问的修养，更重要的是，那种拼凑出来的“疑似之迹”与西方博大精深、体系精严的民法学根本是牛头不对马嘴。

于是，就整体而言，我们近代以来的法学便是对西方学问照单全收的状态。在今日的大学学科格局中，中国法制史就成了外国法制史，而外国法制史却实实在在变成了与当下中国法律相衔接的法制史。比起文史哲等学科，法学具有更强烈的“当代性”或“西方性”，这必然对学人知识结构、话语风格乃至精神状态产生深刻影响，此乃我们在构思法学的“当代学术史”时不可不首先关注的问题。

缺乏传统知识资源的支撑，在一定程度上也意味着法学与社会之间沟通的困难。从西方直接进口或经由日本转口而来，法学必然呈现出对于本土民众相当陌生的外观。当然，即使是在西方，随着法学的独立和专业化程度的深化，一般外行也很难理解法律人所持有的那种独特的知识和方法，法律人的内部文化与一般文化之间也存在一定程度的紧张。例如，在一些著名案件的审判里，法律职业者所秉持的程序正义准则与大众对于案件是非曲直的感觉之

间就存在着相当的冲突。但是，文化整体的同构性却使得这种差异得到容忍，甚至形成互补和良性互动的格局。但是，我们这里的情况却是，两者之间不仅仅是差异，而且是不相容，许多时候简直是势如水火。2003 年刘涌案的审判过程显示的专业逻辑向民众情感的最终屈服形象地展现出二者之间的冲突及其后果。

就学术史的写作而言，我们需要对于这样的知识对立何以产生作出解释，需要描绘在这个大环境下百年来法学学科所面临的与外部社会沟通上的困难，更重要的是，我们需要寻求和反思两者之间沟通合理路径。值得注意的是，某些学人面对这样的困难，不是设法在更广泛的层面推进人们对法律逻辑的理解，不去论证某些法治原则——例如司法独立——在解决社会矛盾时所具有的正面价值，而是反戈一击，转而质疑法学本身的正当性。某些假借法律社会学或法律经济分析的研究试图把法学降低为社会学或经济学的一个注释，从根本上颠覆法学学科的基础。这样的危险也是当代法学史的作者所不可不察的。

上传时间： 2005/9/19　　文章来源：原载《云梦学刊》2005 年第 4 期）

网友评论发表评论>>只显示最新 10 条。评论内容只代表网友观点，与本站立场无关！

『lisa』于 2006-2-14 9:28:00 发表评论：

我觉得对法律做社会和经济分析是很必要的， 从始直终，我们都是一个经济人，

把法律放在社会中分析，不更能解析我们的行为。

『lisa』于 2006-2-14 9:22:00 发表评论：

I think it is a good way to understand law

through economical and social analyse.

『corner』于 2005-10-8 13:40:00 发表评论：

看了教授的文章，我在思考这样的几个问题：

我们今天这样的原因外国的法律，尤其是在精神层面的引用，会不会使我们的社会主义法变成一个虚无的空壳；

法律和社会人民的理念的差异，会不会是我们的法治走到最后面临一种有法可依，有法可判但是我们的人民对于我们执法机关的依法，对于司法机关的判案不相信，怀疑，最后不服的地步！！

『bgx』于 2005-9-20 21:28:00 发表评论：

法律究竟属于上中下哪一流，在人类活动中到底应该占据怎样的地位，是我们正在迷惑着的。

立法：体制造成人为的矛盾和混乱

by 贺卫方

首先我们来看看立法。建立完备的社会主义法律体系是过去 20 年间我们最关注的事项。这里的主要缺陷是，随着立法的日益增多，如何协调不同时期和由不同部门所制定的法律规范之间的矛盾和冲突，始终没有得到应有的关注。我们惯常的做法是，当意识到社会生活的某个领域需要法律加以调整时，便授权相关部门起草一部法律或条例，之后将草案分送各有关部门征求意见，并召开各部门人员开会讨论，最后，当"时机成熟"时，将草案交付全国人大或其常委会表决。由于许多法律法规都是由所谓"主管"部门主持起草，想方设法利用立法的机会扩大本部门利益的倾向便十分明显。例如，涉及电信方面的法律法规，基本上是由前邮电部一家起草；法官法完全由最高人民法院起草。虽然后来也会提供某种形式征求其他部门和人士的意见，然而，在已经成文的一个草案基础上提意见是一个具有高度困难的事情，牵一发而动全身，后来的人要将某个具有实质性变化的条款置于其中，要面临与整个其他条款相协调的问题。况且其中还有"面子"问题，人家辛辛苦苦把草案搞出来了，你来横挑鼻子竖挑眼，让原来起草的人们（甚至那些对草案表示过首肯的首长们）脸上挂不住，这是何苦呢？还有，在立法普遍地成为一个扩大本部门利益的机会的情况下，来自"外人"的批评，即使是出于公心，有时也会让人怀疑有利益在背后起作用，于是，还是三缄其口做金人吧。正是这些教科书不涉及的具体因素造成我们法律法规比比皆是的相互矛盾和冲突。

法律的冲突必然伤害法律的统一。了解西方法律史的人都知道，西方法律传统在其形成初期，许多学者用了极大的心力去协调法律可能的矛盾。之所以如此，是因为相互冲突的法律会给社会带来矛盾的信息和冲突的价值，从而使法治的理想只能引出社会混乱的结局。尤其是在一个日趋工业化和商业化的社会里，人在不同的地域和行业之间的流动越来越频繁，确定而统一的法律规则对于保障人际交往的顺利进行和商业交易的安全起到的作用越来越大。与此同时，法律知识以及法律职业之所以能够成为塑造和调整社会关系的独立的力量，在很大程度上也是因为法律知识本身构成一种逻辑上自恰的体系，并且由于这种自恰和社会分工的日益深化，它能够引发社会对法律服务的需求，产生与一般社会生活之间紧张而又相互依赖的关系，从而营造出法治以及宪政得以立足的空间，并进而成为社会所不可或缺的调整器。因此，在西方的法律史上，通过研究、比较和协调，为社会提供统一的法律规范，一直是法律家和法学家的重要使命。在我国，对法律中的种种"不和谐音"浑然不察或无可奈何也折射出我们的社会还没有成为法治社会的现实，反映出人们在目标定位与手段定位之间的对立和冲突，也标志着我们法律学术的落后，反映出我们的法学作为一种知识尚未取得独立的地位。

要改变法律法规之间的种种冲突状况，应当对现行的立法模式作较大的改变。部门立法的惯例必须代之以新的做法，即由法律所涉及到的特定领域的专家——不仅仅是持一种观点

的专家，也不仅仅是法律专家——为主，吸收各部门、行业的人士组成起草班子进行起草工作。立法过程中，利益可能受到拟议中法律影响的行业代表、民间人士应有充分的机会参与其事，在以往的书面征求意见以及座谈会等形式之外，公开举行的听证会应该得到更多的使用。这不仅有助于通过广泛的论证和审议协调法律草案与既有法律之间的关系，而且也有利于提高法律的可操作性，更重要的是，人民对立法过程的参与乃是共和制政体得以成立的不可或缺的环节。

人们不关心法律中的自相矛盾也可能与这样的事实密切关联，那就是，过去我们制定的种种法律还很难完全兑现于社会生活。法律所许诺的种种不能变成现实，原因可能在于我们上面谈及的立法过程缺陷导致的法律规范之间的相互冲突或与社会生活的脱节，但同时，我们的司法制度所存在的缺陷也是不应忽视的。

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《运送正义的方式》

量化考核症结何在

by 贺卫方

现在的学术考核，一个最突出的标准就是突出了量的要求。例如，规定各种职称的教师每年必须发表几篇论文，晋升职称时必须达到论文或专著量的要求，甚至硕士生、博士生在读期间也必须发表论文。这导致了每年都有大量论文发表，同时学术界屡见不鲜的学术抄袭与造假、学术腐败，刊物收取版面费等很多问题。应该说都与学术量化评价存在着一定的因果关系。

情况的严重性表明学术界已经乱了方寸，其症结在于没有一个合理的方式来评价学者的学术水准和学术贡献。中国是一个人口大国，各个行业的人口都是一个很可怕的数字，比如从事人文社会科学研究和教学的有 25 万人以上，光正规大学就是 1300 所以上。这么多的人组成的一个群体，当然会存在着管理上的困难：如何分配稀缺的高级职称以及荣誉、财富等。之所以量化的标准如此盛行，是因为这个标准最简单，只要看发表论文的数量、字数就可以了。当然，文章存在优劣之别也是一个常识，在不能对于每一篇论文或专著进行有效鉴别时，一个省心省力的办法便是把刊物或出版社加以分级，在级别高的刊物上发文章，其权重就高一些。操作容易是一个很大的诱因。

很明显，一味地追求操作上的便利也许正是我们教育与科研体制上的缺陷——特别是高等院校的官僚化——所带来的结果。实际上，大学多元化，比如有国立大学、私立大学平等竞争，大家通过培养学生和发表成果来获得更高的声望，吸引捐助，就会使得大学去寻求一种更合理的模式。其实这个问题很简单，有点像企业，为什么国有企业和私营企业的管理模式不一样？过去吃“大锅饭”的时候，国有企业的老板，与其说是老板，倒不如说是在做官，

国有企业的经济效益对他来说是没有意义的，对他来说最重要的就是把他的官保住，保官靠的就是不出事，而且他没有责任心，企业赚多少钱和他的收入是没有关系的，他的固定工资是 1000 块钱的话，他就拿 1000 块钱，多拿一分就是腐败，在国有企业一统天下的时候，中国的经济完全没有活力，因为它没有竞争。大学的体制也必须引进真正意义上的的竞争。但现行政策却不让今天的民营大学（学院）进入竞争，这种大学根本不成气候，国家的政策明显地是歧视它们的，不允许它们和现有的国立大学进行竞争。好的制度其实是通过竞争创造的。在上世纪 20 至 40 年代，大学其实是多元化的，有国立大学，有私立大学（如南开大学），有教会大学（如燕京大学、东吴大学）。培养人才的模式是需要竞争的。人们在选择大学的时候是要考虑大学是否有一流的学者和良好的管理，这些是学生及家长所看重的。这就逼迫大学采取合理的管理制度去吸引优秀学者。为什么蔡元培为了请陈独秀来北大任教而“三顾茅庐”？现在需要采取某种措施来使得人才选拔、评价机制更加合理化，不要仅仅把它理解为一个远去的神话。如果大学体制不一样的话，比方说私立大学，它的董事会一定会想方设法地把最优秀人才从副教授提升为教授，即使他只有一篇文章，但这篇文章乃是这个领域里的划时代作品。

至于如何来评价学者或教师呢？这就要同行评价了，没有人能够代替学术共同体内部同行之间的相互评价，官方是不能做这方面的任何事情的，一旦做了这方面的事情，那只能是越来越糟糕，比方说政府搞的“国家图书奖”，我们可以看看那都是些什么书！我曾在最近的一个座谈会上说，我们应该界定一下教育行政管理的涵义到底是什么，不能什么事情都要越俎代庖，使大学没办法自治。这取决于我们的政策导向，但情况似乎并不乐观，我们都知道教育部是计划经济最后一个堡垒，其中不少人的思想仍然停留在文革阶段。

至于我国学术人口过于庞大的问题，如果体制能改变、能够形成竞争的话，一个学校一定会考虑精兵简政，用高薪聘请最优秀的人才，并逐步淘汰不合格的人才。这些东西都需要合理的制度来推动的。比如现在有的大学在进行人事体制改革，由于标准的不合理和操作模式的不合理，许多人拂袖而去，结果走的人都是优秀的。因此，只有管理体制改变了，其他相关的问题才能得到解决，否则，只是就事论事，比如谁来评价？怎么评价？现在大学根本没有自治，没有教授治校，政府操纵着生杀予夺之大权，而官员们只能靠量化指标，靠数字，数字出教授，数字出“基地”。另外，大学内部到底有多少行政人员霸占着大学的资源？（大学里有没有必要成立党委？根本没有必要，高等教育法竟然明确规定大学实行党委领导下的校长负责制，到底谁是大学在行政上负总责任的人？之后又加入一些根本没有学术含量的课程设置，错误地设置了教学的发展方向）这些问题如果不解决，大学就根本没办法发展。

（这是《社会科学报》记者博芬根据对我的书面访谈整理的一篇文字）

上传时间： 2006/4/18　　文章来源：北大法律信息网

网友评论发表评论>>只显示最新 10 条。评论内容只代表网友观点，与本站立场无关！

『人在西政』于 2006-5-13 11:21:00 发表评论：

同意贺老师的看法！！本人对在读研究必须在公开的刊物上发表两篇专业论文的强行要

求极为反对。虽然初衷是好的，但是在实践中却严重变形，成为拉动报刊、书号投机产业的动力。发表一篇论文至少需要 200 元，而论文的价值也就仅仅持续到交完钱的那一瞬间。

『quixtar』于 2006-4-24 22:07:00 发表评论：

考察我国大学与国家的关系，大学明显只是一个执行任务的下属行政机关而已，从人事到财政，教育行政机关牢牢实实地卡紧大学的脖子；与西方更为典型意义上的大学相比，我国的大学不能称其为“大学”，因为其缺少灵魂：大学自治、学术自由！

『沉默的大多数』于 2006-4-18 21:17:00 发表评论：

正如文中所言，高等院校官僚化确实是当前我国高等教育的最大弊端。

『学子西北政法人』于 2006-4-18 16:40:00 发表评论：

支持贺老师

关于大学不舍党委这个机构的建议

贺老师曾说过

我不知道世界一流大学怎样建成的

但我知道他们都有一个共同点那就是

没有党委

镂之金石的宪法

by 贺卫方

在一国法律体系中，宪法是居于金字塔顶端的法律文件。它是众法之法，其他各种法律的产生都要以宪法为依据。它又是具有最高效力的法，任何机构、组织以及个人都不得违反，任何与宪法相违背的法律或行为都将归于无效。然而，高也有高的难处，高高在上可能被束之高阁；维持最高效力的代价也许是高度抽象，大多属于永远不会过时也永远不会出错的政治宣言，与真实的社会生活相脱节，最终便不免“高处不胜寒”的尴尬。另一方面，如果要让宪法跟得上时代的发展，就需要对宪法的条文进行经常性的修改，但是，经常改又会伤害宪法作为根本大法所具有的权威性，也违反了法治的基本原则之一：法律必须具有稳定性和可预期性。于是，宪法就遭遇到了一个似乎是内在的困难；变，还是不变，这是个问题。

考察一些宪政发达国家的实践，我们可以发现，不同国家在修改宪法问题上的态度并不一致。变化相对多的是法国，而英国和美国则极少变化。英国的宪法由一组自 1215 年著名的《大宪章》以来的历史文献构成，另外还有一些所谓宪法惯例，平常人们感觉不到它们的存在，但是，一旦违反，马上就会引起轩然大波。这种由历史传统累积构筑起来的宪法谈不上修改，只有潜移默化的演进，变化模式呈现出《易经》所谓“变而不觉其变”的形态。

美国宪法是人类历史上的第一部成文宪法。实际上，这部 1787 年制定的宪法的主体结构只有三条，即对立法、行政、司法三权作出的规定，这些规定至今保持不变。宪法诞生后，鉴于某些变化和需要，又通过了一些宪法修正案，但是，迄今为止，二百多年来的修正案也只有寥寥 27 条。我们知道，立国之时，美国还是一个相当落后的国家，人烟稀少，满目荒漠。但是，他们的"第一代领导集体"硬是制定出一部即使是在后工业化时代也无需修改的宪法，这实在是一件令人称奇的事情。

制定宪法的人们需要有智慧，有先知般的预见力。他们要看清楚人类的弱点，从而预先为可能出现的弊病提供防范机制。他们应抱定崇高的信念，以便使宪法永远为人们追求自由、民主提供动力而不堕落为自由、民主的桎梏。他们要有以简洁的语言表达丰富而精确意义的能力。“我们，合众国人民，为建立更完善之联邦，树立正义，保障国内安宁，提供共同防务，增进共同福利，并使我们自己和后代得享自由之福，特为美利坚合众国制定本宪法。”这是美国宪法的序言。读者可以看出，这个序言大概再过二百年也无需修改。

当然，有些发展制宪者们预料不到，例如，他们规定“总统是合众国陆军、海军和征召为合众国服役的各州民兵的总司令。”没有提到空军，因为当时他们想不到有朝一日军队也可以像鸟儿一样在天上飞。有了空军之后，要不要修改这个条文呢？美国人的选择是不修改。因为制宪者的意图很明显，总统是所有武装力量的总司令。没有哪个空军军官会糊涂到去钻宪法的“漏洞”，胆敢把来自总统的命令当耳旁风。

于是，美国的一些法学院图书馆可以在最醒目的墙上镶嵌一块金属牌，上面镌刻美利坚合众国宪法。然而，不久前国内的一家法学院搞内装修，一面空着的墙壁不知用什么作装饰，不耻下问地征求我的意见，我不假思索地回答：

“用最坚固的金属，镌刻上《中华人民共和国宪法》全文，嵌在墙中，让法学院的师生时刻都能看到我们的根本大法。”

“可是，可是……”那位法学院院长迟疑起来了。

其实，我又何尝不迟疑呢。

转自“公法评论”网站。

http://go6.163.com/~fanyafeng/louzhijinshihewf.htm

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《运送正义的方式》

律师的政治参与

by 贺卫方

在不久前举行的“中国律师 2000 年大会”上，著名法学家江平教授向律师界发出了诚挚的呼吁：走向政治！他希望我们有更多的政治家型的律师，认为参与政治生活、谋求政治品质的改善是新世纪赋予中国律师的历史使命（讲演全文见《中国律师》2001 年第 1 期）。

的确，在当今世界，一个饶有兴味的现象是，凡是法治发达国家，律师们的用武之地都不仅仅限于司法领域；他们在更广泛的社会事务管理方面发挥着重大的作用。例如，美国作为一个国家的创立，便得力于杰弗逊、汉密尔顿等一批律师的卓越贡献。现任联邦最高法院首席大法官伦奎斯特曾将这些律师们称之为“律师－政治家”（lawyer-statesman，或者，用江平教授的说法翻译，即“政治家型律师”）。在作为民意代表和立法者的国会议员中，律师更占据着不可思议的高比例。在 20 世纪 80 年代中期的美国参议院中，律师出身的参议员竟高达 60％。美国历任总统中曾担任过律师职务者占一半以上。

美国是一个典型但并非一个特例。我们放眼当今世界，许多国家的元首或行政首脑都是法律科班出身。英国、德国、俄罗斯、阿根廷……不一而足。

我们要讨论的问题是，在当今世界，为什么律师在政治生活中能够起到如此重大的作用呢？另外，在中国这样一个正在走上依法治国道路的国度里，律师是否也应当在政治生活中扮演积极的角色呢？

分析律师的政治参与或社会角色或许应当从观察法律教育入手。法律教育培养了律师以及法官和检察官思考问题、解决问题的独特方式。古罗马人有言：“法律乃公正与善良之艺术。”而所谓公正（或正义）与善良，无非是在组成社会的人群中间，适当地分配财富、权力以及荣誉，并对破坏社会合理秩序的行为加以矫正。作为人类最古老的学科之一的法学，正是研究怎样分配是为适当、如何矫正方为合理的实践型学科。在法律教育的过程中，学生们要具体地分门别类地学习这门实践型学科的各个方面，例如宪法学，正是国家权力分配的原理和原则，国家权力机构之间以及政府与人民之间关系的理论与实践。刑法学所关注的便是怎样的行为应当受到惩罚以及惩罚的合理限度。通过这样的学习，再经过一定的专业历练，一个人逐渐由外行而成为一个能够用法律的眼光观察社会的法律人。面对繁纷复杂的社会关系和利益冲突，他能够判断得失，辨析是非，对冲突作出符合社会正义的选择。能够娴熟地发挥这种才能的人不正是经国济世的人才么？

或许有人会提出质疑：典型的律师所作所为完全是站在一方当事人立场上说话，他的最高目标是求得委托人利益而不是公共利益的最大化，这样的人如何适应公职的要求呢？对于这样的质疑，我们要反问：岂然？岂其然乎？固然，律师是站在委托人的立场上，但是，不要忘记，律师的所作所为都是在法律的限度内进行。他主张一个事实，必定要依靠相关的证

据；他提出某种权利主张，总要有相应的法律条文或法律理论作为依托。律师的一切行为，不过是在法律的框架之内对于当事人由于不理解法律或检察官由于职业特质而容易忽略或遮蔽的法律问题加以揭示而已。在一个通过民主程序选任立法机关成员并遵循民主的立法程序的国家里，法律正是最广大人民意志和利益的体现，因此，运用法律并做法律容许的事情，纵然是为个别的利益，但实际上受益者却并不限于当事人。况且律师的存在，在客观上有利于国家司法权的正当行使，防止司法专横，增进社会的自由和福祉。因此，从总体来说，律师与其说是私人利益的代言人，不如说是公共利益的维系者。

律师开展业务的基本方式是在法庭上唇枪舌剑，有时不免给人壮怀激烈之感，但法庭程序的主导特色却并不是感性的，而是理性的。律师在出庭之前，需要对与案件有关的证据进行全面的搜集（不是只搜集对本方有利的证据），要对相关的法律规范以及以往的司法判决作出认真刻实的研究，以清楚地辨析各种法律界限。在这个过程中他要作出某些判断：如果胜算极少，他或许会规劝委托人不要“知其不可而为之”。对于确定要开打的讼战，律师要设计对本方最有利的诉讼战略和战术。在庭审过程中，律师要审时度势，随机应变，将本方证据和主张的说服力发挥到最高限度。

了解现代政府的权力运作的理论与实践的人们都会注意到，这种政府的决策过程与方式恰好是律师方式的翻版。在排除了巫术以及过分地依赖魅力或经验的治理模式之后，理性的决策程序、对政府行为及其效果的计算、对利益多元化的认知以及不同利益之间相互冲突的权衡选择、政府行为需要受到已订立的法律的规制等等，都是现代型政府决策的特征所在。更重要的是，民主政体倡导诉诸于言辞辩论的审议。代表不同利益的立法代表之间的相互辩论自不待言，行政机关的具体决策也常常需要通过各种听证会而获得其正当性。这可是律师们大显身手的场所：他们对不同利益的敏锐观察，他们对法律规范的准确把握，他们对论辩技巧的熟练运用，都使得他们成为现代政府里最活跃也是最重要的角色。我们上面提到美国参议员中律师比例高达 60％，当然是其来有自的。

律师参与政治生活的最后但也许是最根本的理由是法治或依法治国本身。通过修宪，依法治国已经成为我国的基本治国方略。但是，这里所谓的法并不仅仅包括立法机关制定的法律条文，它还包括一整套丰富的法律专业知识、法律家分析解决问题的方法以及法治的意识。由法官、检察官以及律师所构成的法律家群体正是这种知识、方法和意识的载体。所以，依法治国乃是以法律家治国，而不是一堆死的规则对社会的调整。在这个意义上说，律师对国家政治生活的参与程度乃是一国法治实现程度的标尺。

尽管在过去的二十多年间，我国的律师制度有了令人注目的发展，律师在社会关系调整和人权保护等领域所发挥的作用也日益加大，但是，无庸讳言，律师以及其他法律职业者在政治生活中仍然只是一个微不足道的角色。据江平教授的演讲，在本届全国人大近三千名代表中，律师只有区区六名－－0.2％而已！虽然缺少统计，但律师对行政权力运作的参与程度大致上也不会太高。在依法治国成为上至国家领导人、下至平头老百姓的流行说法的今天，这样的现状不免过于残酷。

参与如此不足，律师尚需努力。不过，仔细想来，需要努力的又何止是律师呢？

原载《中国律师》2001 年第 3 期

感谢贺先生惠赐本文。

上传时间： 2002/4/3 文章来源：雅典学园 本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

论最高法院

by 贺卫方

在一国的整个司法体系中，最高法院通常处于司法金字塔的顶端。它是民刑事案件最高级别的审理机构，同时又承担着统一司法标准乃至整个国家法制准则的重大职能。与这种角色和职能相适应，最高法院需要在法官选任标准、权力运行方式以及机构设置等方面有不同于下级司法机构的设计。最高法院的这种特殊性自然会使得它本身成为法学研究尤其是司法研究领域的一个重点和热点。例如，在美国，对联邦最高法院的研究就一向是主流法学界的关注焦点，相关研究作品可谓层出不穷，佳作迭出。

然而，长期以来，我国的法学界与司法界并没有对最高法院的特殊地位与功能给予必要的关注。根据我有限的观察，迄今为止尚没有一篇论文——更不必说专著了——对此做出专题的研究。这种普遍的忽视导致我们在相关的理论与实践方面存在着种种模糊和混乱，这样的状态是亟待改变的。

最高法院所承担的政治功能应该是我们首先要注意到的。在现代各国的宪政制度中，对于权力分立和与之相适应的司法独立原则的承认已经是常例。虽然在实践中，存在着美国式的综合性的最高法院和德国式的最高法院之外另立宪法法院两种模式的差别——德国的宪法法院行使着宪法诉讼的终级管辖权，它和最高法院同样是以司法机构的模式行使自己的权力——无论如何，最高司法机构具有独立的政治功能却是没有分别的。十九世纪以降，司法权在世界范围内出现了明显扩张的趋势。人们发现，由于司法机构在行使权力过程中受到了制定法、司法先例以及已经确立的法律程序的严格约束，也由于律师、检察官和法官所构成的法律职业共同体所分享的共同的知识、价值、理念和伦理准则对司法权的必要制约，司法权对于行政权和立法权加以平衡的正当性在越来越广泛的范围内得到了确立。不仅如此，在民主作为一种国家治理的基本模式已经获得毋庸质疑的合理性的现代社会，司法这样一种专业化的权力对于极端民主制所可能产生的弊端——例如，多数人对少数人持久的压制或暴政——所具有的独特的纠偏作用也日益为人们所认识。在这样的背景下，以最高法院为顶端的司法体系越来越不再仅仅是一个司法机器，而且是一种政治力量。标志着这种发展的一个最明显的趋势是许多国家借鉴和移植了司法审查制度，从而使司法权对行政权和立法权的制约获得了一个前所未有的用武之地。

但是，当我们回头观察中国的情况时，就会发现司法权在整个政治权力的结构中还是相当边缘化的。我们的法院不仅难以对行政权和立法权形成独立的和具有政治意义的制约，而且由于人事、财政等关键资源受控于同级党政机关，甚至连我国宪法所明文规定的法院独立

行使审判权也还是一个有待实现的梦想。就最高法院而言，虽然过去的二十年间其政治地位有了显著的提升，但它与国务院和全国人民代表大会之间的关系不清、权限不明却一直是我国现行宪政体制中的大缺陷。近年来，对司法公正的全社会关注带来的虽然有如何从制度上解决问题的举措，但更多的却是传统监督模式的不断强化。司法运作本身的非程序化和非专业化愈发弱化了司法权在面对立法和行政两种权力时的交涉能力。在每年全国人大会议上，最高法院以及最高检察院报告时的诚惶诚恐也许是体现这种弱化的典型例证。从今后中国宪政发展的角度看，我们必须下大气力，通过修宪以及司法独立的观念的传播和接受，建立司法的独立以及最高法院在整个国家政治生活中的权威地位，使最高法院成为宪法的守护神。

最高法院在法治社会建构中的第二个功能是统一法制。在一个市场化的社会里，全国范围内法律规范统一的重要性是怎么强调都不过分的。法制统一的首要前提当然是立法机关所制定的法律在全国各地具有通行无碍的效力。但是，统一更需要司法机关尤其是最高法院在法官对于具体法律条文的解释上作出有效的规范，否则就无法避免不同地方和不同时候的法官针对相同的条文作出大相径庭的解释。要实现通过司法的法制统一，我们需要对于管辖和审级制度作出相应的调整，更需要对最高法院的功能加以改革。基本的思路是：最高法院不再作为一般法院处理案件事实方面的争议，而只审理那些具有法制统一意义的法律争议。那种超越具体个案作出法律解释的惯常做法应当废止，代之以最高法院通过个案审判解释法律，它的解释在全国范围内具有强制性的约束力。与此同时，最高法院本身也必须受到自己已经作出的法律解释的约束，不可以今日之我非昨日之我，以确立法律解释的可预期性。

最后，最高法院还具有一种符号化的功能，它是一国法律秩序的象征，是社会正义的化身，是公民权利最强有力的也是最终极的捍卫者。为了实现这样的功能，最高法院的法官选任就需要有不同于其它法院的标准，那里的法官既应当是资深的法律实务工作者，也必须是具有精湛法学理论素养的法学家。这就是为什么许多国家最高法院的法官通常是由最优秀的律师和相当比例的法学教授构成的原因。另外，一个法院的声望与法官数量的多寡也有着密切的关联，最高法院法官享有崇高尊荣的前提条件是法官人数相对较少。也许，十五位法官对我们的最高法院来说是较为合理的规模。

（作者系北京大学法学院教授、博士生导师）

http://www.rmfyb.com.cn/public/detail.php?id=40862

上传时间： 2002/8/25 文章来源：人民法院报

漫谈“私人侦探”

by 贺卫方

现代社会已经是“神探亨特”取代了“福尔摩斯”

对于中国的“私人侦探”行业，百姓街谈巷议、媒体各种报道越来越多——它逐渐成为我们社会中的一个热门新兴事物。

18、19 世纪，私人侦探的作用很大，在过去的一些西方小说中，比如《福尔莫斯探案集》都提到了私人侦探，他们对某些案件进行侦察、提供一些商业性的服务。但是到了现代社会，从世界范围来看，任何国家在对于社会秩序的维护、对于犯罪的侦察等方面，均由政府来主导——今天，我们看到，对于犯罪的侦破，已经是“神探亨特”取代了“福尔莫斯”。

中国社会当然非常特殊：我们的政府是借鉴了一些西方的模式逐步建成并完善的。政府与社会秩序之间的关联——政府如何维护社会秩序，还处于不断摸索之中。就目前的法律来说，并没有对于私人侦探行业加以禁止的规定，所以按照法治的理论，法律无明文禁止意味着公民可为。所以我们不能认定它是违法的，相反我认为私人侦探行业是合法的。但是，作为一个合法的行业并不能说明它所作的任何事情都合法，我国法律比如《中华人民共和国宪法》、《民法通则》中都承认公民人格尊严并加以保护。如果私人侦探在执业过程中，侵犯了公民的权利，包括个人的安全、人身自由、隐私权，当然要为其违法行为付出应有代价。

如果一个社会中的公民对于“侠客”表现出超乎寻常的渴望，就意味着社会秩序出现了问题。

现有的体制不能有效的维系社会秩序是私人侦探行业存在的原因之一。

现有的司法力量不能有效保障公民的权利不受侵犯、不是所有的侵权行为都得到了有效的司法矫正（有时候是因为效率过低，有时候是因为代价过于高昂），这样会造成当事人对法院的审理结果无法做出确定的预期性。举个例子：当当事人和他的律师对所得到的判决进行研究的时候，发现由于法院设置的地方化、司法腐败等原因，他本应受到法律保护的利益并没有得到保护，于是他会觉得司法保护不如通过私人力量的保护有效，这时候他就有可能去求助于私人侦探。私人侦探有可能被用来讨债、解决经济纠纷等，这种倾向明显是把我们的社会秩序拉向早期的村民社会的情况——TAKE

LAWS TO ONE’S OWN

HAND——社会秩序的维系要靠私人力量了——这在现代社会是相当可怕的。更加令人担忧的是，随着私人侦探行业的兴起，一些地方的黑社会力量开始抬头（黑社会犯罪最近在媒体中不断报道），在东南沿海一些开放地区，解决经济纠纷在很大程度上依赖这种地下的、黑夜里的一些行为。这是值得我们重视的。中国历史也好，西方历史也好，都证明：在一个社会中，如果公民对侠客表现出超乎寻常的渴望，就意味着社会秩序出现了问题。

国内企业信誉的下降也给私人侦探行业提供存在、发展的可能。

企业是否足够重视自己的商誉、必要的企业登记制度、经营状况的公布制度是否足够好，都是问题。其实目前许多在我国认为是商业密秘的情况，在国外并不构成商业秘密（比如小股东有权利要求企业公布自己的经济状况，这种公开制度对于股东的投资非常重要，他们需要凭此决策是否对一个企业进行投资。如果这也构成商业秘密而不进行公开的话，对市场经济的发展非常不利）。前些日子同达律师事务所组织了一次关于企业信誉问题的研讨会，非常好。大家都感到中国的企业确实存在着信誉不足的问题，夸张一点说：在此方面“中华民族到了危急的时刻”。世界上别的国家不信任中国企业，中国国内企业之间相互也不信任。现在世界上一些银行对我国企业信誉的评价非常低。中国古代对信用是非常重视的：“人而无信，不知其可也”。一个如此讲求信用的民族到了这个地步，是很可悲的。思考一下，造成这种状况主要有如下原因：

首先是因为产权制度的原因。国内没有明确的产权制度和一个对私人产权进行有效保护的法律环境，一个企业就无法作大，这是一个老问题。近代以来为什么日本就会产生许多大企业，中国总是小打小闹？我发现大的私人企业的形成需要一个很好的法律环境。至少一个人要把自己的企业作大，他需要有这样的信心：扩展自己的资产、把自己的企业作大之后，不会因此而成为革命的对象。实际上我们的传统正好相反：一个人的财富增加了，就如猪羊被养肥了。最讲求信用的企业，往往是很关注利润的企业，而投资者、经营者关注利润，就意味着企业与自己的生计是密切关联的，这时候他们会非常重视自己的商誉。最不讲商业信誉的企业就是地摊似的企业，我们在相当长时间的产业政策似乎使得国内的企业变成了小地摊，令人遗憾。中国目前的宪法、法律非常尊重私人权利，但是在具体运作中，私有企业生存环境仍然极其恶劣；国有企业由于体制上的缺陷，不能够形成一种对商誉非常重视的体制性的背景，这些方面有待努力的地方非常多。

其次是因为政府对经济的过多干预。企业发展有其自身规律，因此企业有自己的计划和追求，政府并非如此。有时候政府的地方保护，使得外地企业无法与本地企业进行正常的经济交往。

再次就是在司法过程中也存在着地方主义情况。这种情况下，司法系统不能有效保护企业的正当权益。有时候，我们可以发现一些奇怪的口号，比如“法院既要追求法律效果，又要追求社会效果”，对于这里所说的法院应该追求的社会效果的内涵，我并不清楚，但是有一点是明确的：追求社会效果的行为与司法系统行使司法权行为的逻辑是不同的，二者无法并列。于是出现了一些现象，比如：该破产的企业不能够破产——因为这是“社会效果”不允许的；应该本地企业败诉的案件，结果并非如此——因为涉及到“社会效果了”。另外还有许多其它因素会影响的司法的公正性，而如果法院判决案件明显背离法律，等于对社会作了这样的昭示：既然你们可以背离法律，可以不忠诚于法律。那么……

社会管理并不一定都要依赖政府进行

在私人侦探行业的弊端与益处还没有充分展示以便于我们对其进行规范的情况下，对它做出应该取缔或者扶持的决定还为时尚早。很明显，私人侦探是以商业的逻辑去做对社会秩

序有着非常重大影响的事情，处理的好的话，是非常有效率的。它与政府行为不同，政府为公民服务是不收取费用的（不应当收取费用），同时政府与公民之间并无私人侦探与客户之间的那种契约关系，私人侦探在某种程度会弥补因此而造成的政府工作效率低下的不足，从这个层面上看，私人侦探的出现可能与政府（比如警察）产生某种竞争，福尔莫斯永远瞧不起苏格兰厂。如果私人侦探能够获得社会的良性评价，我相信对警察的工作会产生一种触动，并且也许会树立这样一种观念：社会管理并不一定都要依赖政府进行，作为社会成员，我们自己同样是重要的社会管理力量，我们自己可以组织社会秩序，不能一味依赖国家权力、政府权力。其实，国家权力过多渗透到社会生活，不一定是一件好事。

目前，我们不妨持着建设性的观察态度，不应该完全通过媒体极端化的报道过早得出某种结论。

http://www.china-review.com/execute.asp?path=/content_files/sirenzhentan4.htm20010125/sirenzhentan4.htm&luntantitle=漫谈“私人侦探”

上传时间： 2001/9/19　　文章来源：中评网　　本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

面向新世纪的中国司法改革

by 贺卫方

追求进步，学术倾听，世纪大讲堂向您问候。现在新世纪已经开始了两个月，在这两个月里，中国社会涌现了大量的关于经济体制改革的议论，实际上对于中国来说，中国的司法改革也非常重要。今天我们给大家请来了来自北京大学法学院的大教授，叫贺卫方，他给我们带来精彩的学术报告叫《面向新世纪的中国司法改革》。好，有请贺教授上场。

主持人：您看大家多么喜欢您。我想问的第一个问题是，我们知道很多，中国历史上有很多大法学家，大法家，他们少年的时候就呈现了酷吏的性格。比如说有一个很有名的酷吏，他在小的时候，由于父亲冤枉他，说他偷吃了东西，他实际知道，后来他发现是耗子偷吃了那个东西，他就把这个耗子拿出来，残酷地审问它，拷打，严刑逼供。我不知道您少年的时候，或者童年的时候是不是也有这种酷吏的倾向？

贺卫方：没有，只有别人对我有酷吏的倾向。

主持人：难道您那个时候就已经想到了将来我要学法律吗？

贺卫方：没有，只是感觉到如果能够做一个侠客非常好，而不是学法律，因为那个时候

我们真的不知道法律为何物。

主持人：什么时候开始有这种念头的，说我将来如果有报考大学的机会的话，我要学法律？

贺卫方：直到我读了法学院，我还没有这个念头，这个是非常奇怪的，我读大学的时候并没有报考法学院。

主持人：我特别关心，您的第一志愿是什么？

贺卫方：中文系，而且不是北大的中文系，是我家乡的一个师范学院的中文系。我自己目标不算高，但是自己心底里边的目标还是很高，自己如果能够做一个文学家，能够写一本小说，或者说能够写一个电影。我高中的时候，自己在家编一个电影文学剧本，编得非常来劲，大概写了能有 10 万字，但是当然胎死腹中，最后也没有实现这样的目标和理想。

主持人：这个目标一点也不低，那么年轻的时候就要拍成一部电影。我是想知道那个中文系没有要您吗？

贺卫方：不，中文系报考的不是一个重点院校，我的考分好像到了重点院校的分数线了，后来被我的母校给破格录取了。

主持人：就是您根本就没有报它，把自己的目标定得太低了，结果很好的学校还是觉得您是苗子。

贺卫方：所以人生有许多东西没有办法预期，没有办法去完全自己把握。我自己真的做梦没有想到自己能够走到法律这条路。

主持人：一般来说，贺老师，你在法律这个领域里的学术偏好，研究的偏好是什么？

贺卫方：我自己的专业是法理学、比较法学、法律社会学以及司法制度。最近，我越来越倾向于做法律史研究。比方说我未来的一个学术专题或许是研究英国宪法的发展历史，我觉得未来中国的制度发展，以及中国的法律学术发展可能会在宪法方面寻求某些个突破，所以我自己愿意去用很多的先例去研究一下英国宪法的发展历史。你知道人类许多今天我们引以荣，或者说对今天的民主制度发展非常重要的一些具体制度都是英国人的创造。比方说，立宪君主制，比方说议会制度，比方说司法独立，一系列这样的制度都是一个在今天看来是一个不大的国家它创造出来的，那么对于人类后来各个国家的宪法的发展历史，都产生了非常深刻的影响。我自己觉得这个是一个饶有兴味的问题，而且对于中国制度未来的演进会有某种他山之石那样的一种功效。

主持人：即使是如此，所有的学生，包括我在求学的时候，我们都喜欢那些颇有创造性的老师。其实贺老师就是一个颇有造诣，颇有创造性的一个法学家。好，下面言归正传，请贺老师给大家带来精彩的学术报告，学术报告的名字叫《面向新世纪的中国司法改革》。好有请。

贺卫方：惯常从事做学术报告，主要站起来做一些板书，甚至走到你们面前去挥洒自如地讲，但是今天这个场合我觉得受到灯光、镜头的制约，还是允许我坐着讲，尽管坐着讲可能有点问题，就是说可能不会思考问题。世界上有两种职业是站着思考问题的，一个是律师，一个是教师，所以教师应该站着谈。今天的问题很大，是一个很大的课题。我在上个学期曾经在我们北京大学做过三次学术报告，都跟司法改革有密切的关系。今天又重做冯妇，又讲司法改革，我就担心可能在座的各位，你们听过我一次、两次都觉得，哎呀，真是贺老师怎么没有别的可讲了，但实实在在地讲，我觉得司法制度的变革可能是中国未来社会发展的一个非常重要的环节，甚至可以说是决定中国未来发展的一个重要因素。

我们如果从法律的视角观察中国的社会的话，大家会发现过去的一百年真正是一个相对独立的一个时间单元，也就是说对于中国社会的发展变化，对于中国法制的发展变化，过去的一百年很重要。为什么重要呢？因为就是在这过去的一百年中间，中国的法律制度发生了翻天覆地的变化。这样的法律，我们古代两千年以来的法律传统所形成的一整套的法律体系，在过去的一百年中间可以说是彻底变化了。这样可以说是亘古未有之大变化，这用中国近代史以来有许多人爱喜欢说的这样一种说法，非常深刻的变化。我们中国古代人不知道什么叫法官，我们只知道包公。你们知道，包公并不是一个法官，并不仅仅是一个法官。包拯这个人是集行政官、司法官、检察官、会计师等等于一体的一个角色，在中国古代并不分这个，那个的。但是我们今天的整个制度的设计发生了深刻的变化，也就是说，我们到一个城市里面发现，这个地方是一个法院，独立的法院。我们中国古代并没有今天这样一整套的法律体系，我们今天的法律，在座的各位，了解法律的人都知道，《民法》、《刑法》、《婚姻法》、《宪法》等等一系列的法律制度。我们中国古代没有，我们就有一个唐律，唐律大家知道是一个很综合性的一个法典，所有的法律尽在其中，一部法典之中。而今天的社会，我们没有这样的一个所谓的民刑不分，诸法合体的这样的一种法律体系。所以在过去的一百年中，中国的法律制度发生的变化是非常地深刻的，这样一个深刻的变化可以说是在很大程度上会影响到我们今后制度的发展。当然中国过去的一百年，我们的社会并不平静。所以我想回首我们过去一百年的时间，也许我们只有 30 年左右的时间，我们有一种相对和平的从事制度建设，从事法制建设的时间。百多年来，我们真正有用的时间是 30 年，我们空耗了太多的时间。那么在总结经验的基础上，我们开始建设我们的法制，建设法制的道路可以说持续了 20 多年，构成了我们未来的一个世纪里边，法制建设的一个良好的基础，可以说过去我们取得的成就是非常大的。但是有一个问题我相信大家都在关注，都在思考，中国的法制在过去 20 年的发展过程之中，虽然取得了很多的成就，但是它对于中国现实的问题是否真正地加以解决，人民对法制的一种强烈的期望是否真正地能够在现实制度的演进过程中得以兑现。当一个公民的权利受到侵犯的时候，他发现法律给了他一个许诺，法律告诉你，如果你的精神，你的名誉，你的人身，你的财产受到了伤害，法律要提供给你，我们叫法律救济。法律应该给你这样的救济，应当是不法的行为得到惩罚，应当是你的损害得以补偿。但是到他真要到法院去打这个官司的时候，他会发现到了法院里边很麻烦。比方说，流行的说法叫："官司一进门，双方都托人"。如果不托人的话，老百姓心里边不踏实，他耳闻目睹都知道，到法院打官司，有点像到医院去做手术，你没有点红包是很不行的。你如果实在是不想送钱的话，当然送钱现在可能不算太多。你如果不想送礼的话，那么你至少要找一下，看看自己的七大姑、八大姨是否能够搭到，哎那个法院的副院长是我的娘舅家的小姨子她哥哥的妹夫，那也可以逐渐地通过这样的一种关系的路数来寻找某种，使得他心里面感到踏实，能够使自己的案件获得对自己最有利的解决的这样一种可能。然后司法的过程之中，他会发现，法官的素质如何。

前不久，上上一期的《南方周末》，又报道了一个河南出现了一个造假院长，那个院长造假案，造假档案，把一些不三不四，阿猫阿狗都搞到法院里边来当法官，但是这些人不来上班，人们都不认识，说这是在编的人员领工资，但是他们并不来办案的。那么这样的一种报道使得我们的人民越来越对我们法官的素质产生了一种质疑，这样的法官究竟是否能够公正地审理案件？他是否能够在用自己渊博的，深厚的专业知识的积累来去对我这个案件进行仔细地分析，进行一种恰当的判断，进行一种公正的判决，我觉得人民是有所怀疑的。

另外，司法的程序方面，有许多方面你会感觉到非常奇怪的。比方说，对于法官私下里面跟一方当事人的接触没有多少限制。我们常常听说，什么“大盖帽，两头翘，吃了原告吃被告，原告被告都吃完，还说法制不健全”。他怎么吃原告，吃被告？就是说我们的法官特别容易被当事人接触，当事人很容易地请他到一些娱乐场所，到一些饮食场所，到一些歌舞所，去吃饭，去娱乐。这样的一种现状使得人民也许对法官的程序方面是否能够保证公正有所质疑。我们知道一个合理的司法程序，应该给予当事人双方平等的陈述的机会。

程序的不公正还包括，比方说如何限制警察的权力，如何限制我们行使国家公共权力那些人的权力，避免刑讯逼供这样的一种行为在中国的司法界蔓延。

我们都知道在美国有一个所谓的“毒树之果”理论，通过刑讯逼供和其它非法手段获得的证据，即使是能够证明犯罪事实，也绝对不能够接受，因为这是好比吃毒树上长的果子，虽然看起来很美，很漂亮，但是这种果子你吃下去要中毒的。我们这个时候宁肯排除掉这样的证据，放纵个别的犯罪，我们不能够鼓励政府，不能鼓励警察的犯罪。因为政府和警察犯罪是比任何个别的犯罪更可怕的犯罪，政府的权力必须得到严格的制约。但是我们今天的司法的原则是所谓的实事求是原则。一个证据即使是他非法获得，只要能够证明案件的事实，也仍然可以被采用。当然我们对于刑讯逼供的警察和其他的官员要进行制裁，但是这样的行为无疑是鼓励人们刑讯逼供。现在刑讯逼供屡禁不止，有我们制度上很重大的原因。程序上的公正性还体现在我们是否真正有公开的司法制度，公开这样的原则，司法公开这样的原则可以说是从 50 年代中国的法律就明确地加以确立，审判必须公开，除了三种情况。一种是涉及到国家机密，另外一种是涉及到个人隐私，第三个是涉及到未成年人。但是我们长期以来，我们的司法制度是否真正是公开的进行自己的审判活动呢？尤其涉及到大案、要案、敏感案件，这样的公开性就退却了。那么在司法的程序中间，有许多问题是我们今看得到的，让人民感觉到的，这样的司法不足以有效地保护自己的权利。

我们发现，当面临着新世纪到来的时候，我们的司法必须要改变这样的状况，必须要改变不能够严格地依据法律的准则来去适用法律条文，解释法律条文来去解决案件的这样的过程，要解决我们的不独立的现状，我们的司法现在尽管我们的宪法，我们其它的法律都明确地规定了司法独立这样的原则，但是我们的司法独立大致上还只是一个我们的法院整体上独立于外部的干预，这样的一种独立。也就是说司法独立并没有规定法官个人的独立，那么这样的独立原则，即使只是规定法院的独立，我们仍然做不到。为什么做不到？我们法院，大家知道，在人事方面受制于地方，法院院长的任命过程充满了一种地方权力的干预过程，地方权力决定了什么人可以当法院院长，而不是真正的依据法律规定的准则来去任命法院院长。

财政，法院所有的钱，它的金钱方面都要依赖于地方权力，地方政府。你们知道，美国的国父之一，亚历山大·哈密尔顿先生曾经说过一句话，从人的本性来说，对一个人的生存有控制权，就等于对一个人的意志有控制权。你的生存，你小子的饭碗在我手里边，你的乌

在我手里边，你敢跟我闹什么独立？所以现在我们必须改变这样的一种对中国司法的独立和法的公正具有严重的制约的一个环节，那就是法院在实际上受制于地方权力的控制。与此同时，我们必须要改变法院内部的某些管理制度，我们的法院内部的管理制度有严重的行政化倾向。大家知道，西方有一个“三权分立”的学说，这样的学说我们不大喜欢，我们觉得“三权分立”最后就是三个政府，不大讨人喜欢。但是我们知道“三权分立”是一个非常重要的学说，但这种学说的重要性，在于它提醒我们注意行政权、司法权、立法权在一个国家里面之所以分割为这三种权力，它背后有着深刻的社会学的意义，它并不仅仅是一种简单的意义上的分工，它一定要深刻地意识到从事司法工作的人，他在许多方面都很不一样。这些方面包括比方说法官的选任必须要有严格的标准，没有这样的一种标准的话，司法的品质就得不到提高，这样的标准在现在全世界绝大多数的法制发达国家里面，都明确地规定了，必须受过法律的高等教育，并且有长期的职业历练。

大家想想在美国，在英国，在香港这些地方，为什么没有，你几乎看不到 40 岁以下的法官。到法院去，一看法官都是老态龙钟的，美国联邦最高法院的法官的平均年龄大概是 60 岁以上，他们从来没有在司法界推行一个年轻化、专业化。像我们现在推行的年轻化，法官不能够年轻化，因为西方有一个谚语叫“法官老的好，律师少的俏”。法官是越老越好，但是别老糊涂了。稍微老一些，四五十岁，五六十岁，六七十岁，那种经过长期的人生历练，经过长期的办案的经验积累，他能够使得他的决策具有一种无庸置疑的说服力。我曾经有机会接触过一些年老的美国法官，我发现那种样子，简直是——他说话，不在于说话的道理如何，而在于这个话是从他口里边说出来的。我从前大学四年级的时候到法院去实习，叫我去处理婚姻案件。你们知道那是对一个没结婚的人来说，处理婚姻案绝对是一场灾难，因为你没有经验。你们要知道，一日夫妻百日恩，我就看着当事人的那个眼神，（对我）就透露出一种强烈的不信任。你毛头小子，你知道什么叫一日夫妻百日恩，我想我不可能有很大的说服力。你想象，如果要是一个 60 多岁的人，非常诚恳地跟当事人说，夫妻之间的事情，大家知道读过《傅雷家书》，夫妻之间结婚以后就是一个知心朋友，再不要想象有那样初恋时候的那种激烈的感情，整天到晚地非常激烈，壮怀激烈，没有了，他就是一个知心的朋友，一切都归于平淡了，一日夫妻百日恩。这样的说服力简直是对当事人太有说服力了。你们知道有许多案件并不是一个科学的解决过程，人类的纠纷，俗话说清官难断家务事，就是因为家务事并不能够通过科学的推理，逻辑的推理来加以得出一个正确的判断，这样的纠纷往往取决于决策者，有权利的人他的一种其它方面的说服力，他的声望，他的一种品质，他的一种教育背景，都使得当事人，相信他说的对，我应该听他的，纠纷就解决了。

那么这样的一种司法的选任标准，应当是相当不一样的，那么司法制度和行政体系，以及立法体系之间的另外一个差别，是它的相关的内部管理制度是不一样的，其中有一个非常重要的一点，是人与人之间的关系不一样，比方说行政机关的人与人之间的关系可以说是一种官大一级压死人的一种关系，下级服从上级，全党服从中央。这在行政化的管理模式里边是天经地义的，你应该服从，因为涉及到责任的归属问题，但是司法界的人际关系就应该朝向一种每个人都是独立的这个方向去设计，而不是下级服从上级。因为法官无上级，法官是一种平等的职业。

你们知道，法官就是一种独立的在法庭上从事案件审理的人，有时候是独任制，有时候是合议制。合议制往往是三个左右的法官，三个到五个法官，应该是单数，组成一个合议庭对一个案件进行审理，但是独任制往往就是一个法官对一个案件进行审理。他进行审理，他进行决策，判决最后是由他来作出的，不是一个抽象的群体作出的。

这个时候，这样的一个独立性，显示了司法过程的一种特质，也就是司法过程它讲求一个我们面对面的过程，我必须要眼睛看着对方这个人，一个被告人，或者说一个证人，我们如何去判断他。大家知道案件审理是分事实和法律两个方面。事实问题必须要根据当场当庭的证据来加以判断，但是当一个证人出庭作证的时候，法官大人就坐在法庭之上要仔细地去观察这个证人，中国古人讲叫“以五声听狱讼”。我要看看他的表情，他的表情好像看起来有点慌，那个眼珠子老在转，脸上肌肉不自然地抖动，法官就要判断一下子，他到底是为什么发抖，是因为害怕而发抖，还是因为怕冷而发抖，因为同样是发抖，原因并不一样。所有的这些东西都使得司法的过程变成了一种非常讲求我们人与人之间的面对面，讲求一种亲历性，这种亲历性是司法权正当行使的一个源头活水，一个最重要的保障，这就是为什么我们应该保障每一个法官个人的独立，而不是抽象的法院的独立。而我们现在的司法管理制度中间，法官等级的设计搞了一个四等十二级，全国的法官分四个等次，十二个级别。我们非常关注，昨天一个法官给我一个名片，说他是二级大法官，我觉得二级不得了。大家试想想，同样在场的有一个四级小法官，他就会对这个二级大法官，觉得我是你的下属，也就是说这样的一个等级化的设置不断地暗示一个法官，你是上级，他是下级，下级服从上级，上级指挥下级这样的一种制度设计是错误的制度设计，我们必须来加以改变。

与此同时，我们在司法改革的过程之中，在着眼于新世纪的发展，我们还必须要注意到法院和其它的机关的关系，比方说法院跟检察机关的关系，法院跟人民代表大会之间的关系，如何使得司法能够在党的领导下还能保持独立，这是我们未来真正要解决的一些很严重的问题。

最后我愿意强调，司法的独立性，司法的公正性也离不开媒体、新闻传媒的一种从侧面的、敲边鼓式的帮助，甚至有时候是直接的帮助。今天我们是在凤凰卫视做节目，我知道这是一个非常有影响的电视台。那么，无论如何，我自己觉得司法的独立性，司法的公正性，肯定会在 21 世纪的中国得到更多的倡扬，这不是以某种个人的意志为转移的，因为中国的社会已不再是 20 年前、30 年前，或者说 50 年前的中国社会，我们的社会结构正在发生着潜移默化，甚至直截了当的某种变化，这种变化我们也可以说是非常深刻的。那么我自己尤其相信通过我们的教育，通过我们的学术制度，通过我们对于中国一个合理的司法制度和法律制度的锲而不舍地追求，通过在座的我们一代一代的更年轻的法律职业者的不断地努力，中国的法制，21 世纪的中国法制，以及 21 世纪的中国社会将会是一个具有美好前景的法制和社会。谢谢大家。

主持人：首先感谢一下贺老师给我们带来如此精彩的学术报告，下面我们看一下来自凤凰网站网友的提问。有一位叫做“城市中农”的网友，他这样问的问题，他说，听说您为清华大学法学院演讲时，对许多大城市禁放鞭炮问题颇有微辞。据说您是作为法学家，并且是从立法学的角度质问禁放鞭炮法令的？这个问题您得说清楚，否则我们城市中农绝不答应。

贺卫方：看来我有点像是，他是城市中农，我可能像是农村地主了，要斗地主了。是的，实际上我不只是在清华发表演讲的时候谈过这个问题，在许多场合我都谈过，对于禁放鞭炮问题我自己有一点不同的看法。禁放鞭炮从初衷来说的话，政府抱有一种非常好的一种出发点，比如说对被鞭炮炸瞎了眼睛人的同情，炸伤了手指头的人的一种关爱，对污染问题的忧虑，以及其它种种方面吧。但是我认为，现在政府的决策要受到相当多因素的制约，并不是说政府有一个良好的出发点就可以政府无所不为，可以做所有的事情。政府的行为也必须纳

入到法律的轨道之中。所以我认为问题并不在于禁止燃放鞭炮，而在于你通过什么样的程序禁止。比方说我们是否通过一种更加民主的程序，比如搞一个听证会，我们除了请赞成禁止燃放鞭炮的人以外，我们还应该请一些反对禁放的人，大家都来说一说，大家把道理摆在明面上，大家把相关的利益都摆在明面上，然后经过这样一种民主的程序再经过议会真正的审议和策，最后再决定是否禁止燃放，还是在一个局部区域里边禁止，还是全面开放。这是个民主程序。这就是我为什么把这个作为一个例证来论证我对国家立法制度某些缺陷的一种批评，所以如果城市中农不答应的话，我愿意跟他继续切磋。

主持人：咱们别跟城市中农切磋了，咱们听听“三天三夜没合眼”这位网友对您的提问。他向您提的问题是这样的，我发现您对我们社会生活中许多事情都不满，这是您的北大性格吗？听说司法系统评选人民满意的好法官，您也反对，难道您喜欢人民不满意的坏法官吗？

贺卫方：我不知道“三天三夜没合眼”是不是因为对我的震怒。的确，作为一个北大的学者，我想作为任何一个学校的学者都有一个使命，这个使命就是，他有责任来坦率地发表自己对社会的观察和批评。这个责任其实说来很朴素，我们这些学者可以说是或者说国立大学，国家办的大学，所有的人都是，可以说是用纳税人的钱来支付的大学。面朝黄土背朝天的老百姓，他们用自己的剩余劳动价值来使得我们的大学得以运作，使我们的学者得以具有一种相当高的收入，我认为现在北京大学的学者现在收入是相当可观了，可观了。我们每个月领工资的时候，我们是否要反思一下，我们是否真的完成了，履行了人民对你这样人的期待，他们期待什么？期待你自己的脑袋长在你的肩膀上，期待你履行你的义务，对于这个社会，你发现不正当的东西的话你应当加以批评，你是社会的良心。绝对不应该是，完全是上面叫我说什么我就说什么，这样的学者我认为是对人民期望的最大的背叛。那么关于他提到一个具体的问题，做人民满意的好法官和做人民满意的好法院，这是法院目前正在推行的“双满意”活动。哎呀，我为这个问题也是三天三夜没合眼了，经常思考这样的问题，当然这样的一种活动，在中国的语境下有它的合理性，但是我认为这跟司法的公正和司法权力的性质是有所背离的。司法的权力，它行使的一种范围和它处理的事物是极其特殊的，它都是在相互冲突的利益中间做出一个判断。这样的判断总会导致一方败诉和一方胜诉，没有办法避免这个问题，它不可能出现所谓的双赢，当事人都赢啦，双方当事人说我们都胜诉了，这是不大可能出现的。胜诉的当事人可能满意法官的判决，败诉的当事人，即使是司法的判决再公正，也许他也不满意。比方说，当我们家里边的一个亲戚因为杀人被判处死刑立即执行了，我们很少说是想去给判决我们死刑的法官送个匾，感谢人民法官做出了这样公正的判决。所以我认为司法要追求的首先的价值就是公正，而不管人民满意不满意。在许多国家里边之所以保障法官的终身任职，保障法官的工资不得被降低，就是害怕民意，人民过多的制约使得法官谨小慎微，不敢作出公正的判决。一个好的法官一定是不怕作出让目前的舆论感觉到非常不满的判决的这样的法官。但是从长久来看，这样的判决或许对这个民族，对这个社会是非常有价值的，这就是我对“三天三夜未合眼”先生的回答。

主持人：谢谢您，现场的同学可以向贺老师提问。

学生：贺老师，您刚刚谈到司法制度问题的时候谈得非常深刻。而谈到司法制度改革的时候，谈的更多的是一种期盼和愿望，这使我们感受到司法制度改革面临着重重的困难，你觉得这种改革最大的压力是什么？这种压力来自哪儿？谢谢。

贺卫方：我可以回答你这个问题，在我看来似乎，也许并不是一个、某个最大的压力什

么，我认为可能并不存在某个非常重大的，唯一重大的一个最大压力，也许压力来自于好多方面。我觉得比较让我感到非常重要的一个问题恰好是，可能是一个技术化的问题，那就是法官选任。我们现在司法所面临的种种问题，最大的一个创造者，创造这些问题的因素，那就是我们在法官选任上面的混乱。虽然 1995 年颁布生效的《法官法》明确地规定了法官选任的标准，那就是说一个人必须有大学教育的背景，才可以成为中华人民共和国的法官。但是，实际的情况是这个法律执行地很不好。这些年来，在不同级别的法院，我都听说过根本不符合《法官法》任职资格的人可以堂而皇之、大摇大摆地进入法院成为法官。而且还有一个就是说，我们的法官现在的伦理准则，他的职业道德状况也是最近许多人比较感到忧心忡忡一个问题，如何减少司法领域中的腐败现象，如何增进司法的公正，有些人迷信监督，觉得一定要监督。检察院监督、媒体监督、人大监督、人民监督、党来监督，不断地监督，试图通过这样的监督来消灭司法过程中的腐败现象，而在我看来其实这些监督都不重要。我自己觉得最有效的监督其实是同事之间的监督。法官们之间的监督，大家如果教育背景高度一致，大家的司法的理念，正义的准则高度一致，这个时候我们会非常重视同事对我的评价，同事如果眼睛都瞧不起我的话，我觉得活着还不如死了，这个时候就形成了一个同事之间最有效的监督。我觉得只有通过选任制度的改变，才能够实现这样的一个目标，才能够真正获得人民对司法的信任。只要有一天，这个国家里边人们说起法院来，人们还是认为，法院就是一个什么人都可以进去的一个机关，法官就是一个任何人都可以去当的角色，这个国家司法的公正，哎呀，等着黄河变清吧？

学生：贺老师您好，我想请教一个有关法律执行方面的问题。因为在现实当中经常出现“执行难”的问题。比如说在经济案件当中，经常出现这种“要命有一条，要钱没有”这种现象。在刑事案件当中，经常出现被告人的背后权力保护问题，那么这种执行难的问题也破坏了这种法律的形象，所以我想有没有好的办法能够缓解或者怎么样避免？谢谢，您怎么看？

贺卫方：这是一个中国现实非常严重的问题和严峻的问题。西方有一个谚语叫：法院不受尊重，国家走向灭亡。如果法院判决可以当事人愿意执行就执行，不愿执行就拉倒，法院也拿我没办法。大规模地出现执行难的问题和判决不执行的问题，这最大限度地损害了法院的尊严，我觉得这是一个必须解决的问题。那么我认为中国现在之所以尤其是在经济审判领域中出现大规模的执行难，并不是一个特别的简单问题，也许可以说它是一个综合症，许多因素加剧了我们公民对执行司法判决的一种不自觉，甚至有意的抵制。这几个因素包括司法过程是否做到足够公正。我们知道说公正不仅要实现，而且要让人们看得到的方式实现。那么我们的司法过程是否真正地让人民看到公正实现了，让人民心悦诚服地接受，既使是对自己不利的某种判决，这个我觉得在程序的各个环节做得不够。

第二个因素，我们的判决书的撰写，是否有效地把相关的理由，把法官何以得出这样一个结论给非常清晰地加以表达，以便使判决书能够起到减少当事人抵触情绪这样一种作用。我们的判决书简直是言简意薄，太简单，太简单。双方当事人主张是如何，然后根据本院查明，根据中华人民共和国某个法律哪一条特判决如下，就这么一句简单的话。

第三个方面我们的审、判分离，使得决策含糊不情，使得法官做出的决策，自己也没有办法作以很好地论证，这也加剧了一种司法判决结果的一种不合理性。那么，最后一点我觉得执行体制本身可能是一个严重的问题。我们的执行体制，行使执行权，保证司法判决的执行是一种行政性的权力，而不是一个司法权力，司法权力就是判断，我这么判就完了，我的

司法就解决问题了，就结束了。那么执行问题是一个行政性的权力，我自己总觉得现在的执行体制，如果我们的判决，司法判决一旦做出，一旦生效，统一由警察，由公安机关来负责解决，这可能会更有效一些，更有利一些，同时也不损害司法的声誉。所以我觉得应该从这几个角度解决执行难的问题。

主持人：我再说一个网上的提问，大概想让你回答法官服装制度改革的问题，这个网友叫“没有浪漫毋宁死”。

他说我们国家的审判模式是法官主导制，没有人情味的审判团，律师、检察官都傻坐在固定的座位上，被动的拙嘴笨舌地回答法官的提问，程序沉闷乏味，一点都不浪漫，您是北大法学院的大教授，你赶快跟司法部长说说，咱也换成英国那样子，让律师戴上假发套，穿上黑大氅，东走走，西看看，相互指着对方的鼻子控诉对方，那该有多好看啊？

贺卫方：那的确是，嗯，挺好的构想。而且也的确是英美国家，它的司法的过程，由于实行了所谓的对抗制，由于它的法庭的设置是一种允许律师站着说话，溜达着讲话，由于律师以及法官特殊的服饰的某种夸张式的一种效果，比起大陆国家，比方说德国、法国，比起中国，它们的司法过程的确是非常生动，非常生动。当然他提到了法官的服饰问题。

主持人：假发套和黑大氅。

贺卫方：其实不是黑大氅，是黑袍。黑色的袍子。英国高层次法官穿的袍子有一条红主要的线条是黑的，有时候穿整个是猩红色的法袍，红色象征着王室的尊严，黑色或许象征一种非常威严的一种颜色，像包拯脸色都是黑色的，所以司法总是跟黑色有一点关联，黑色也有神秘，也有某种隔离感，也有某种成熟感。所以黑颜色还是很好的一种颜色，当然我们国家的法袍也用的是黑色。但是这个法袍的设计不是特别好，最近最高法院准备修改这个东西，我准备提一个建议。就是说法袍不是法大衣，不是法大氅，我们把法袍设计成法大衣了，它是一个封闭型的领子，袍子实际上就是披在身上，这个地方是露出来，穿西装里面领带都可以露出来，我们看，这是袍子。但是我们搞一个很封闭的领子。夸大式的毛式服装的那种领子，还戴了一个像红领巾一样红色的条，红色的条上面有四颗钮扣，金黄色的钮扣，据说有双重含义，一个含义是，最高这个象征着忠于党，第二个象征着忠于人民，第三个象征着忠于法律，第四个象征着忠于事实。你看，忠于法律在第三个。然后还有一个含义是，它象征着我们国家的四级法院。最上面是最高法院，高级人民法院，中级人民法院，基层人民法院，我觉得不需要有这些个罗罗嗦嗦的东西，你干嘛搞得，扣得么紧呢？后来我才知道了，设计服装的人是一个大连的服装设计师，你知道大连那个地方比较冷，所以他充分考虑到御寒的需要。我们可以听听那位朋友的提问。

主持人：好，这位同学。

学生：我第一个问题是，我们知道在西方的一些国家，宪法是可诉的，但是中国宪法是不可诉的。也就是说，在中国，宪法的条文不可能被用来当做法庭判决的依据，那么我的问题是您觉得在中国有没有可能实行宪法的可诉化呢？如果有可能的话，我们离这一步还有多远呢？我的第二个问题是前一段时间，中国的各大媒体对《婚姻法》的修改进行了激烈的讨论和争论，我想听听您对这个问题的看法？谢谢。

贺卫方：宪法的可诉性是学术界正在讨论的一些问题，尤其是宪法学界，不少朋友在这方面写了很好的文章。宪法的可诉性可以在两个层面上讨论，第一个是我们是否可以以某种行为违宪，来去提起一个司法上的挑战，由法院加以判断。第二个层面，我们在起诉其它类型案件的时候，法官在审理的过程之中，是否可以综合性地考察。我觉得中国现在离宪法具有可诉性还有相当大的距离，但是现在还是有一些很好的苗头。比方说有一些法官在判决案件的过程之中，尽管他在判决的具体行文过程中，并没有引证宪法，但是实际上它其中包含着某种宪法的理念在里边。与此同时，也有越来越多的人呼吁，我们是否成立专门的宪法法院或者宪法委员会，由一个专门受理宪法诉讼的机关，来去对于公民提起的或者法人提出的宪法性的诉讼进行裁判。有人说按照法国模式成立一个宪法委员会，有人说按照德国模式建立一个专门的宪法法院。我觉得这个问题会成为，越来越得到人们关注，并且在制度层面上有可能实现的一个很大的问题。

第二个问题，婚姻法问题，这个问题特别有意思。婚姻立法和《婚姻法》的修改是一个牵动亿万人心的一个大问题，因为好像跟每一个人都有关系，每一个人或者已经结了婚了，或者有些结了婚离了婚了的，或者有些人将来要结婚，或者有些人将来结完了婚以后还要离婚的，所以它跟我们每一个人的生活都有非常密切的关联。

主持人：跟和尚没有关系。

贺卫方：和尚也有可能还俗。我觉得，比较要害的一个问题也许是国家的权力进入到我们这个私权的领域以多大的限度为合理的问题。现在人们有一种迷信，迷信法律能够解决一切问题。比方说我们制定法律惩治包二奶，包括包二公，包二公和包二爷，有这个说法，那么就可能使得婚姻制度变得更加健康。实际上我认为国家可能并不见得或者说通过立法来行使的国家权力，并不是这样地为所欲为，我们要受到社会环境许多方面的制约，也许我们应该更加清醒地意识到，一个社会，道德规范和法律规范毕竟还是两种规范。因为许多道德规范，应该诉诸于道德规范来解决的问题，法律不应该染指其间，不应该去过分地自信自己的能力、自己的权力。所以在这个意义上，我认为《婚姻法》不应该过分地干预到私人的生活，不应该过分地相信通过惩罚包二奶就能够解决一切问题。我曾经说过一句话，我们不可以相信，在一次《婚姻法》方面的讨论会上，我觉得我们不应该寄希望于下边这种情况就能够实现我们婚姻道德或者是婚姻制度的愈发良好，那就是当夫妻之间晚上睡在床上的时候，中躺着一个人，这个人叫政府。政府作为第三者介入到夫妻之间，那一样不能够实现，可能还会恶化我们现在的婚姻道德和婚姻状况。

学生：我想请问贺老师，那我们都知道，在我们对一些问题的探讨，或者争论之中，我们或多或少会形成几种，或者若干种不同的看法，那么有一种或者说几种看法，会形成我们所称之为主流的一种东西，我想请问贺老师，就您在法学研究之中，比如说中国司法改革，比如法律与传媒的关系，这些问题探讨之中，您的观点，您是站在一种主流的角度上，还是站在所谓单枪匹马的处境之中？谢谢。

贺卫方：中国的法学研究，实际上现在我自己一个冒昧的说法认为是，还没有成熟到能够真正的形成一种所谓主流和非主流这样一种现状。我自己呢，比较愿意去诉诸于法学知识的本身。我愿意在这个方面去多做工作，哪怕只是势单力薄，或者说孤军奋战，但实际上只要，顾颉刚先生曾经说过，只要你去追求真理，你绝对不会一路上总是孤军奋战，我相信一点。谢谢。

主持人：好，那我们马上结束这个，咱们这个报告了。我最后问你一个问题，您作为法学家用一句话告诉我，用很感性的一句话告诉我，司法改革在您心目当中是一个什么东西？

贺卫方：我想司法改革，是一个，我可以未来的，可以用终生的精力去为之奋斗的一个伟大的事业。

主持人：好，谢谢您。谢谢大家。追求进步，学术倾听，世纪大讲堂，向您道别，下同一时间再会。谢谢贺老师，谢谢大家。

http://www.phoenixtv.com/sjdjt/sjdjt-07.htm

上传时间： 2001/9/19 文章来源：凤凰卫视“世纪大讲堂”

名人的名誉权官司

by 贺卫方

人是一种社会动物。谚曰：“燕过留声，人过留名”，在社会生活和交往过程中，一个人珍惜自己的名誉是相当自然的一件事情。人们常说的“身败名裂”，实际上，更多的情况下是名裂而导致身败。名誉的这种重要性在一定程度上使得社会秩序得以维系。我们可以想象，当一个社会中相当数量的人不珍惜名节，无所谓声誉、口碑，这个社会要形成和维持良好的秩序实在是一件极困难的事情。

从另一方面说，正因为名誉至关重要，破坏、诋毁他人名誉以牟取私利的事情便可能发生。在今天这个大众传媒时代，电视、报纸、电台等媒体在传播各种资讯、对各种社会人物或现象作出评论的过程中，也可能损害相关人物的名誉，并由此引发名誉权官司。近年来，我国法院受理和判决的这类案件似乎是有增无减。然而，由于有关法律对名誉权问题的规定相当笼统（当然我们也很难要求立法机关对这类事项作出细致入微的规定），相关的学理讨论又很缺乏，于是不同的法院、不同的案件在判决方面便不免有些偶然性和不确定性。由于这种不确定，又使得传媒在报道有关事件时无所措手足，不知采取怎样的尺度才能够既起到媒体应有的监督作用，同时又不使自己动辄得咎，动辄被拉上被告席。说实话，虽然在倡导法治的时代，打官司说不上是什么不正常的事情，但是，卷入讼战毕竟耗时、费钱又伤神，如果法律规范与司法标准不确定，更是雪上加霜。

在一定程度上，处理名人状告传媒的名誉权纠纷所面临的最棘手者未必是对案件事实的确定，而是考量一种合理的政策导向；法官必须在两种冲突的价值之间作出抉择，或者更注重保护名人的名誉权，或者力图强化媒体对公众人物的监督。仿佛走钢丝杂技演员，法官也

需要平衡有术，方能既平息纠纷，又对社会发展起到应有的推进作用。

篇幅有限，请容我简要地论述处理这类纠纷所需要重视的几个基本原则和因素。第一，大众传媒对公众人物——政府官员、名流贤达、演艺与体育明星等等——的监督是司法首先要保护的对象。个人的名誉权当然也很重要，但是，传媒自由地发挥监督职能对于维护官场的清廉与效率、明星的操守以及社会的安全更是至关重要的。

第二，法院在处理名誉权纠纷时，不可以要求有关报道在所有细节上都做到准确无误，即不能要求传媒依照与其特质相反对的准则从事业务。传媒要传递新闻，迅捷与准确之间存在着内在的紧张关系。要求记者将所有细节都核实无误再发表报道，是将记者与科学家两种职业相混淆。

第三，媒体是否构成对被报道对象的侵权，并不完全取决于对象感到其名誉受到了伤害，更应考虑记者及编辑在处理报道的过程中是否故意违反了新闻业者的基本伦理准则和正常工作程序。如果没有违反，或并非故意违反，则不应追究媒体责任。

第四，除了社会安全的考虑外，对名人或公众人物的名誉权适用较之非公众人物更苛刻的规则也并不违反法律面前人人平等的原则，这不仅是因为公众人物平常总是受到媒体关注，更容易通过媒体而获益，而且也因为在他们受到媒体损害时，更易于通过媒体表明自己的清白。这也是一种权利与义务相统一吧。

第五，可以构成名誉权纠纷或诽谤罪的，只能是新闻报道，而不可以是评论性的文字。对社会中存在的某一类现象的抨击，对某种政府机关或某个行业的批评，无论言辞如何激烈，都不构成对名誉权的侵犯，也不构成诽谤罪。

第六，对于公众人物诉媒体的名誉权案件，法院在决定受理之前须对案情作初步的审查，只有媒体可能存在实际的恶意时，受理才是正当的。否则，那些仗义直言的媒体必将难以生存，试想，传票纷至沓来，讼案经年不断，总编叫苦，董事拍案，这样的编辑方针，即使受到读者欢迎，即使媒体最后都胜诉，媒体本身恐怕也支撑不下去。于是，多栽花，少挑刺就成为识时务者的明智之选。如此一来，又何谈公民的言论自由和出版自由？因此，这里的原则就是，为求传媒无忌惮，不该立案别立案。

写了上面的六条，回头看了一遍，似乎条条都对公众人物不太有利。这当然不是由于一个无名之士心生嫉妒，执意跟大人先生们过不去，也不是因为要讨好《南方周末》，以避免文章被编辑扔进废纸篓，而实在是考虑到严厉的媒体监督对公众人物其实是大有好处的。假如王宝森先生在他第一次轻微的腐败行为发生时就被媒体痛加揭露，何至于落得个饮弹身亡的悲惨结局？他今天仍是一个廉洁奉公的好干部也未可知呢。

原载《南方周末》1998 年 4 月 17 日。

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《运送正义的方式》

名誉权要有界限

by 梁慧星/贺卫方

电视连续剧《来来往往》在几家电视台陆续播出后，武汉市妇联发表严正声明，并于该市召开各界学者座谈会，提出该剧侵犯了其名誉权。

一段时间以来，有关“名誉权”的案件越来越多，忙于打官司的多是名人。这一次，一个社会团体开始了名誉权诉讼。

一个社会团体有没有“名誉权”问题引起广泛关注。记者采访了中国社科院法学研究所民法研究员梁慧星、北京大学法学教授贺卫方。

“公共机构，不应成为名誉权诉讼主体”

记者：《来》剧播出后，武汉市妇联提出该剧侵犯了其名誉权。这件事之所以受到关注，是因为提出名誉被侵权的不是个体，而是一家社会机构，您怎么看？

梁慧星：从民法严格意义上来讲，侵犯名誉权是指散布虚假的信息，造成某个公民的社会评价和名誉降低。

这里包含几层意思。一是信息有严格的范围，着重指有关道德评价方面，而不是一般的信息，因为道德、品质方面的评价是公民最容易受到伤害又最难以保护的部分，法律着重保护这方面的评价；二是着重保护自然人的权利，也就是公民的权利，因为一个组织不存在道德方面的评价问题；三是只要信息真实，就不构成侵权；还有一点重要的是，要构成严重侵害，才能说是侵犯了“名誉权”，而不是只说了一两句话。

那么，对一个社团是否能构成名誉权侵权？就我了解的知识和掌握的情况而言，这是不可能的。

一个组织体，存在于社会当中，服务于社会，就要接受人们的评价，特别是为公众利益服务的社会团体。法律不可能承认一个组织体成为名誉权侵权的受害人。

贺卫方：这里有一个非常大的问题。有的社会团体属半官方机构，作为社会公共机构，不应成为名誉权诉讼主体，这是一个大的前提。

公共机构行使的是公共权力，所以我们首先要倡导的，就是采用各种方式——舆论的、媒体的、文学作品的等等，对公共机构进行更直接、更无所顾忌的监督。因为这同社稷安全和保障公民权利有密切关系。

所以，公共机构的名誉权诉讼资格必须加以严格限制。否则，舆论、传媒或者文学作品的监督，一定瞻前顾后，缩手缩脚，对整个监督不利，这是社会更大的损失。

记者：我国《民法通则》规定，公民、法人享有名誉权，这里的法人应该指的是什么？

梁慧星：《民法通则》第120条规定，公民和法人都享有名誉权，名誉权受到侵害，有权要求停止侵害。这里的“法人”，主要是指商业公司。商业公司的信誉，通常所说的商誉，对一个公司来说至关重要，类似于个人的名誉，所以法律要予以保护。

贺卫方：应该主要指企业法人，不适用于公共机构。一家公司的名誉受到侵害，它产品的信誉就会受到影响，进而带来经济损失。但公共机构，管辖范围固定，管辖权稳定，比如你所在地的法院声誉受损，大家想到别的地方起诉，这是决不可能的，同时又不存在带来经济上的损失。因此，公共机构理应受到更为严厉的监督。

“虚构，岂能构成侵权？”

记者：有关名誉权的诉讼，在我国的发展情况如何？

梁慧星：80年代末、90年代初，我国有关名誉权的案件不断增多，特别是社会名流、明星的诉讼较多。近年来普通公民的诉讼开始增加，比如在商场被无辜搜身造成的名誉权纠纷等。作家之间的诉讼目前多起来，但很多都超出了名誉权诉讼范围，批评者大部分都是对作品本身做出评价，即使对作品有所贬低，也不构成侵害“名誉权”。

记者：电视剧《来来往往》是虚构的，但剧中明确使用了“武汉市妇联干部”这一真实称谓，而且剧中这一类人物形象“显得装腔作势，猥琐狼狈”，被认为严重损害了妇联组织和妇女干部形象，构成了名誉侵权。

如果我们暂且把“名誉权诉讼资格”放在一边，这个侵权理由成不成立？

贺卫方：当然不成立。“武汉市妇联干部”，它的含义应该有两种可能性。一种是“武汉市”的妇联干部另一种是“武汉市妇联”的干部。

而且，大家都知道，文艺作品是虚构的。电视剧是编剧编出来、导演导出来、演员演出来的，也就是说，整体上都是虚构的。虚构，怎能构成侵权？文艺创作，完全可以对某一个特定的群体进行一种讽刺，这是创作的权利和自由。

侯宝林曾经说过，“啊呀，真是不愿意讽刺售货员，他们很辛苦。”华君武的漫画中，老是有一个穿中山装戴列宁帽的官员，那是否意味着整个的官员形象都受到损害，全体官员都可以提起名誉权诉讼？

而且，说一个工人不好，就是攻击整个工人阶级；假定某个社会团体一个或几个干部的形象不那么光彩，就是丑化该团体；丑化该团体，就是丑化该团体的所有干部，其实还可以往下继续——丑化该团体的所有干部，就是丑化该团体联系的所有群众，丑化中国妇女，就

是丑化中国人民。这是以不断增加群体的方式来论战，希望获得一种话语上的霸权，但法律是不能接受这样的推理的。法律只接受直接的因果关系，而决不是推论。

梁慧星：电视剧只是一种艺术作品，并不是真实评价。即使是真实评价，都还不构成侵权，何况是文艺创作？如果连我们的艺术作品都不敢开个玩笑，写个讽刺，我们的社会岂不是倒退了？

记者：虚构的文艺作品，即便是偶然点到了现实生活中真实单位的名字，也根本不构成侵权？

梁慧星：当然，如果《来》的编剧能够谨慎一点，虚构一个“市”，可能会更妥当。但是，从法律角度讲，法律规定，作家有创作的权利和自由；法律规定了不得滥用这种权利侵害别人的名誉，但法律并没规定，艺术作品应该怎样去创作。

名誉权诉讼在法律上有一个基本常识，就是说，构不构成侵害，并不能以当事人的看法来认定，而是要由一般人来看。谁也不会相信，电视剧中出现了“武汉市妇联干部”，就真的等同于武汉市妇联。

侵害名誉权还有一个要件，那就是“故意”。《来》剧并不是针对武汉市妇联拍的，不过是在武汉实地拍摄，提了一下名字罢了，违法都谈不上，更不用说侵害名誉权了。

“名誉权，在我国还没有确立很好的基本框架”

记者：武汉市妇联提出《来》剧侵犯了其名誉权，当地的一些学者也这么看。从某种程度上讲，这是否与我国的法律法规不健全、司法解释不清有关？

贺卫方：关于名誉权的诉讼，在我国的确还没有确立很好的基本框架。

我们的法律条文只规定了名誉权不得侵犯，但在实际生活中，光有条文是远远不够的，必须有一系列的法律解释来丰富。什么样的言论和行为才能构成侵害名誉权？什么样的机构什么时候享有名誉权？什么样的人物应该受到限制？

有了这样的法律解释，一个公民在行为之前，就可以知道什么可能是违法的，什么可能是构成侵权的。“法治”的含义就是，一个人能在行为之前知道自己的行为后果。

然而最高人民法院关于名誉权诉讼的解释很简单。应该说，不仅是名誉权这样的案件，中国许多方面的法律中都存有这样的缺陷。

长期以来，我国法律解释没有得到应有的重视，往往把它看成是辅助性的东西，而法律条文又往往可以做多方面解释。这就使得现实中案件的受理和判决，常常取决于判案法官、受理法院的倾向。

梁慧星：什么是名誉权，如何构成侵害名誉权，我们的法律没有下定义。如果给出定义，可能会好一些。

名誉权诉讼增多，与我们的社会进步有密切关系。但是，不能够把名誉权扩大化，把与名誉权没有关系的评价也说成“侵害名誉权”，目前这个倾向比较明显。

《民法通则》没有给出定义，应该参考权威教科书，特别是要看最高人民法院怎么解释。刚刚我们谈到的侵犯名誉权的定义，就是在这个基础上，参考了各国的民法理论、著作作出的，范围比较窄，而且有比较严格的限定。

但是，由于理解各不相同，有人完全可以理解得更宽泛，也有人会把名誉权无限扩大，从而增加一些无谓的诉讼。同时也不排除，某些地方法院理解得很宽泛，如果法院这样判决，反过来就会影响社会正常的权利，诸如新闻报道自由和文学创作自由。如果这些权利受到影响，对国家和民族的发展不利。

公民在社会中既要接受别人的评价也会评价别人，这也就是老百姓常说的“哪个背后无人说，哪个人前不说人？”评价有高低之分，不能因为评价降低了就认为是侵害名誉权，除非构成了侵害名誉权的要素。一个组织就更不用说了。

记者：关于提起名誉权诉讼，什么样的人物应该受到限制？

贺卫方：公共机构的名誉权诉讼资格应加以严格限制。除此之外，公众人物的条款必须要导入。

“侵害名誉权”，主要是指一个人的社会声望和社会评价受到极大伤害的言论和行为。而这个人是公众人物，还是普通百姓，应该做严格区分。

“公众人物”在西方国家是个很重要的概念，它使得很多人被排除在名誉权法律保护范围之外。作为公众人物，必须要接受舆论、媒体更加严厉苛刻的监督。

第一个原因是，他们的地位、风范、言谈举止对社会风气影响很大，甚至会影响整个社会安全。如果他们的隐私权、肖像权、名誉权都能够妥贴地保护起来，导致的结果只能是，行使公共权力的人不受监督。第二个原因是，他们的机会更多。我每天到北大讲课，不会有记者跟在我身后。公众人物则不同，闪光灯、摄像机都会对着他们，面对一些认为不实的批评，他们完全可以通过媒体去不停地解释、澄清，从而强化个人的无辜和清白。老百姓则完全不可能有这种机会。公众人物受到媒体更多关注，这也是对等原则的体现。

从法律上讲，每个人都有名誉权，但在法律解释上，必须做出严格区分。区分的结果，一定是更加严格地限制公众人物用名誉权的方式提起诉讼。普通百姓，才是名誉权的重点保护对象。

记者　肖英

上传时间：　2001/9/15　　文章来源：中国青年报 1999 年 9 月 15 日

判决书上网难在何处

by 贺卫方

两年多前，我曾发表过一篇题为“建设透明法院”的短文，对于何以司法必须公开化的法律依据、意义以及如何推动司法的透明作出一些简要的讨论。文章的末尾我提出了将全国法院所有的判决书及时而不加修饰地在网上发布的建议：“在今天这样的网络时代，一个过去很难完成的任务变得唾手可得，那就是将全国各级法院的所有判决书文本——当然，法律明确规定不能公开者除外——全文及时和不加修饰地在网络上发布。这是一个最低限度的司法公开要求，同时也是一项惠而不费的并具有实质意义的司法改革举措。”（《南方周末》2003年5月8日）

实际上，这些年来，随着网络技术的发展，全国各地不少法院都在进行判决书上网的尝试。例如，据报道，北京市三级法院所作的知识产权案件的判决均可以在北京法院网上查询了。上海市高级法院院长滕一龙曾在2003年3月明确表示，上海市法院系统要加快信息化建设，在当年晚些时候，人们就能够在网上“查阅全市各法院的裁判文书”（见《人民法院报》2003年3月11日）。远在西部的兰州市中级法院似乎还不能把判决书放到网上，不过也决定“任何公民可凭自己的身份证直接在法院档案室查阅裁判文书。”（《科技鑫报》2003年8月13日）今年4月，最高法院副院长万鄂湘在关于第22届世界法律大会的一个记者招待会上宣称：我国“司法的透明度大大地提高了。大家对我国司法审判改革体会最多的就是透明度的增加。特别是很多审判在很多国家都不一定能够做到庭审直播，还有很多案件的裁判文书在宣判的当天或者第二天就可以在网上查到。”（http://www.cctv.com/news/china/20050414/100324.shtml。访问于2005年12月13日）

尽管有这样的进展，不过，我们距离真正的透明和公开似乎还是很遥远。为了写这篇文字，我专门登陆上海市高级法院主办的上海法院官方网站，发现当年承诺的“查阅全市各法院的裁判文书”还仅仅是可以查阅经过筛选的判决书，而不是全部判决书。而且这样公布出来的案例数量也是寥寥无几，在“案例精选”栏目里，民事案例只有百个左右，“精选”之称，良非空话。当然，也许是我对于滕一龙院长的那句话理解有误，它可能只是意味着你可以查阅各法院的部分制作得好的判决书。（至于北京法院的网站，很奇怪它跟中国法院网一样网址属于org类但没有表示属于中国的cn字样，我由于受困于校园网关，不能上国际网，就无法访问了。）接着查了一些代表性的法院网，得到的初步结论是，全国法院，凡是有网站的，都选择了一些判例放进去了；与此同时，却没有一家法院把所有案件的判决书悉数不加修改地上网。

这是让我有些困惑的。只选一部分判决书上网，连半透明都谈不上，因为它们不能反映司法的真实，仿佛我们不能看到中华小姐就以为全中国的女性都如此羞花闭月。为什么倡导了这么长时间，到现在成绩还是如此微薄？用我记不真切的一句古话，可谓“上有磅礴之施，下有毫厘之给”。究竟是什么原因让我们法院在这个问题上如此步履艰难？经费问题么？但

是现在每份裁判文书都是电脑打字，上传网络也就是举手之劳，三两个工作人员完全可以胜任愉快的。既然能够办一个官方网站，这点开支实在不算什么。是网络空间不够？我请教了一位专家，他告诉我，以现在的技术，这样的文件量根本不构成任何困难。看来还是其他的一些因素在阻碍着建设透明法院的事业。它们又是什么呢？

猜测得到的一个原因可能是，受制于法官的水平，现在的司法判决制作水平还参差不齐。把那些制作粗劣的判决书放到网上，让"地球人都知道"了，会给法院的脸上抹黑。这样的想法未免因小失大。其实，只要是司法判决，不管判得好的，还是判得差的，对于当事人来说都是法律文件。也就是说，上网与否，对于当事人而言已经没有多大影响，它的意义恰好在于如果所有判决都毫无例外地上网，法官就必须谨慎地对待每一个案件的判决，不可有侥幸掩饰之想。一些水平低的法官也只能或者努力提高业务能力，减少错误，或者在巨大的压力之下选择离开。长久地看，只有这样才能真正提升法官的整体素质，最终使法院有个光彩的脸面，使得司法真正具有权威和公信力。

其他的因素大概就更上不了台面了，但是那却是更强有力的障碍。日前在成都举办的"司法透明国际研讨会"上，来自最高法院的胡云腾博士列举制约司法透明的几个因素，其中之一是"一些体制性的障碍还未彻底消除"（《人民日报》12 月 7 日）。这句话有些微言大义，颇费猜想。假如某些案件明摆着违反了程序或实体法，而之所以如此判决却是由于法官甚至法院之外权力的干预，那破绽百出的判决书又如何公布得出？一旦上网，板子打到法官或者法院身上，恐怕也是黑天冤枉。

最后顺便说一句，前面引万鄂湘副院长谈司法透明，他讲一些国家审判不一定直播，似乎是在暗示直播是透明的标志，而不直播就不那么透明。这个观点值得商榷，因为透明与否跟直播是没有多大关系的。相关制度健全，不直播也完全可以透明；反之，有些情况下尽管直播，观众看到的却不过是提前导演好的戏剧而已。

原载《法制日报》2005 年 12 月 15 日

上传时间： 2005/12/31 文章来源：法律思想网

网友评论发表评论>>只显示最新 10 条。评论内容只代表网友观点，与本站立场无关！

『云翼』于 2006-4-8 21:04:00 发表评论：

第一，法院判决上网不是一个技术问题，因为每一个案子都有电子文本，，都需要在法院内部网上粘贴。

第二，工作量是问题之一，但是不是主要问题，法院对于浪费法官个人的时间的事是不会吝啬的。

第三，文书的隐私是不是也是问题之一？有大量涉及人身和商业秘密的文书，在这个人人为权利而斗争的时代，是不是法院会成为无数人起诉的对象？

第四，反对判决文书的绝对不是普通法官，法官没有这个权利，法院的决策者考虑可能包括文书的质量和数量、时间。

在这个追求结案率的时代，有哪个忙碌的法院没有“黑”案子？

『蓝田玉』于 2006-3-28 21:40:00 发表评论：

一切应从最高法院开始.现在作为基层法院的法官,工作量极大,出了点儿小问题就被人揪住不放.哪里肯将裁判文上网?看看最高法院,不过是将一些经过挑选的裁判文书放在最高院公报,哪里会将所有的文书公布出来?只有上面的放正了,下面的才会放心做.

『安子』于 2006-3-8 19:22:00 发表评论：

现在许多基层法院的案件有 50%以上是离婚案子，裁判文书不加修饰都上网，想整的人家哪档子事地球人都知道呀！其实要上网也得讲个规矩，只能登认定的法律事实和裁判结果。小贺为了自己方便查点东东就~~~~~~~~~，哈哈，书读多了的人都这样。

『城北徐公』于 2006-2-26 15:15:00 发表评论：

判决书上网之所以难，就难在法院的网络几乎都是内部网，不能上互联网的，原因据说是怕泄密。这才是最根本的原因。

『银沙红树』于 2006-2-14 22:41:00 发表评论：

尊敬的贺先生：

首先感谢您对中国司法的推进！

遗憾地告诉您，我知道至少有一个法院的裁判文书基本上都上网了！

请看——佛山法院网

http://www.fszjfy.gov.cn/listborder.asp?typeid=7

如有不对，敬请指教！很想做您的学生，但一直自愧达不到要求。

『chushi』于 2006-2-12 22:53:00 发表评论：

支持贺卫方。贺教授并没有谈什么判决书不上网的所谓道德原因，而是集中讲了法官素质判决不好、因为其他原因判决不好——贺并引用了一位高院人士的话，实际上是指斥制度原因导致判决不好，希望批评贺教授的人先看懂贺教授的文章。我非常赞同贺教授关于法官素质的看法，我希望法院系统的人不要自欺欺人。即便如你们所说，高学历的法官比例已经比较大了，且不说高学历不等于高素质，不在这个比例之中的法官是不是不判案呢？他们判

了案件是不是能够上网呢或者说他们及他们的领导敢不敢让他们的判决书上网呢？如果不敢或者不好意思——应该属于褒义，有自知之明的意思——岂不正好说明了贺教授的观点——如今上网的只是所谓精品，是他们可以亮出来的东西。那些数量颇多的决定人身家性命的判决，为什么不拿出来溜一溜。其实，这样溜，作为一个关口，也有助于法院提高办案质量。

『law-home』于 2006-1-20 19:13:00 发表评论：

归根究底：权大于法的问题，而这时候是需要开明领导人的时机！

『tumense』于 2006-1-13 13:46:00 发表评论：

判决书公开是司法透明的最低限度要求，却能部分实现国家法制统一这一高级目标。

『OO』于 2006-1-11 20:22:00 发表评论：

看了一些评论，对其中的法学科班出身的人，竟然把问题的解决归结到“道德”上，如果说外行人还弄不明白法治与人治最根本的差别，没想到受到专业教育的人还竟然把“道德”作为解决问题最根本的途径。可笑，可叹！当然笑叹的是中国的法律教育是多么的失败。更加笑叹贺老师的篇篇文章在客观上起到了为“道德”立国摇旗

对 Layman 而言，任何东西如何只请理想，非但没有任何积极作用，反而会走向人民的对立面！“不懂经济学和社会学的法学家，必定会变成人民的公敌”。呵呵。想想经济学与社会学的研究方法吧

『积德行善』于 2006-1-11 13:10:00 发表评论：

To：『Chinasc』网友；

看了贺老师的文章后，又看了你的评论，不知道为什么就想说两句。首先声明，我通过你发表的其他评论。猜测你可能是个博士,我不是法律科班出身，这点十分自愧不如。

借用一下你的评论结构，我想说一下

一，立场问题

我的立场是社会公众中的一员，由于亲历过几件司法诉讼所以对这方面比较感兴趣。

二、关于法院现状

１、人员素质问题。我首先想引用一部电影的一句台词“开好车的就一定是好人吗？——《天下无贼》”，由于我是从 2003 年考司法考试的，这其间我也接触了很多正规大学法律本科生和硕士生，但是给我的感觉并不想我原想象中的那么好，现在的高等教育制度的现状是有目共睹的，一个本科或硕士甚至博士学历他到底有多少含金量或含水量

这个可能你们在学校的人比我要清楚的多。学历高就等于法律素质高吗？这里有什么必然性吗？而且，现在法官的选拔制度是能够保证最优秀的法律人才才能当法官的吗。我想未必吧。你举的只是上海、广州，北京，全国有多少法官你应该比我清楚，这三座成市的所有法官能代表全国的整体。

２、工作量问题。

我没想到你在这个问题上居然应用了“罗卜快了可以不洗泥”这个逻辑。这使我深感遗憾。我想贺老师的文章是想说明，通过透明来促进司法判决书的公正性和说理性，并没有说去苛刻一个纯技术上的错误（当然不出现纯技术上的错误也很重要），我一向是这样理解判决书的，

它应该是一个法官对一个案件的看法的内心自白书,并且应该有一定的学术水平。

其实我觉得你说的这个关于工作量的问题，无非是两个选择“牺牲效率来保证公正性和说理性”或“牺牲公正性和说理性来提高效率”，基于我的角度我选择前者“牺牲效率来保证公正性和说理性”。而且实际情况“牺牲公正性和说理性真的能提高效率吗？”

我想不会吧，如果要是可以的话，怎么会出现上仿潮，申诉潮，还有什么院长接待日！！！

３、社会的非理性。这个问题使我想起上司法考试培训班时一个老师说的话，他说：“在美国，总统要在公众场合表现出来他的亲民性，而法官不必这样，法官要保持一定的威严与独立”。在我国，法院真的在乎媒体吗？真的在乎公众吗？拒绝采访，拒绝旁听的事情已不是什么新闻了！！！

中国有几句老话，一、“清者自清，浊者自浊”，“二、“君子坦荡荡，小人常戚戚”，三、”好事不背人，背人没好事“，四、“外行看热闹，内行看门道”

法律是一个非常专业的学科，那么通过媒体的报道无非是个媒介，向社会公众去公布法院的判决书而已。那么在这些受众中有不是十分了解法律的公民，但是也有一些非常专业的法律人士。不要因噎费食这个道理我想作为一个博士出身的你应该能够理解吧！！！！

更何况向你举的例子，如果一个法官，案子到了出判决书的时候都没搞清谁是被告谁是原告，你能说他是一个有责任心的法官吗？一个连责任心都被受到质疑的法官，他的判决书会服众吗？

４、责任追究制度？这个问题也确实不好说，我一向认为现在的我国的司法现状可以用八个字来形容，“外张不足，内紧不够”，司法独立性对外的张力不足，司法内部的对内约束力不够.我至今都没搞清楚法院内部是如何约束法官（当然这么说和法官的独立性很矛盾），给我的感觉现在的法官对当事人来说仅仅是一个程序上的意义，不管法官是否公正，是否枉法裁判，当事人只能进入下一个程序

从一审，二审，最后到审诉。更何况，现在连最基本的程序都不能保证。再这里说一句可能是题外话，民诉法规定当事人可以向上级法院或原审法院申请再审，但是我所处的城市

的高级法院，如果当事人去递交申诉书，高级法院的接待室连接都不接。让找原审法院。我到想问一问博士阁下，这个是由于“法官所处的政治地位以及在面对媒体时的无力”所造成的吗？？？？？？

至于其它的事例很多，我现在就经历一个“92 年 1 月（九二年一月）签定的,交付日期是 92 年 5 月（九二年五月）的加工承揽合同（至今未交付）”在经过了申诉失败后，现在确正经历第三次二审（非审诉引起）。即使最后判决是公正（我是原告方），对当事人来说又有多大意义呢，这个又是否应该追究责任呢？？？

其实在实际中，有很多外界因素会干扰办案法官，办案法官往往当了替罪羊，我想对外公布判决书也是对办案法官的一种保护。

以上 4 点，我只想对你说的：非不敢为，实不能为。回复几个观点，“明知不可为而为之”“路漫漫其修远兮·吾将上下而求索”“良才善用,能者居之”我国自“尧顺”就有让贤之美德，可惜现在市风不古！

2006 年 1 月 11 日于北京

评《司法改革研究》

by 贺卫方

《司法改革研究》，王利明著，法律出版社 2000 年 1 月初版，562pp.，28 元。

从前，司法制度问题很少引起主流法学界的关注。其中原因，除了法制建设过程中通常对立法建构更重视外，还跟传统上规范法学的主导地位以及法律学科自身的分类有关。司法研究并非法学的分支学科，虽然宪法、法理学、诉讼程序法以及法律史等领域的学者都有所涉及，但是学科划分开辟了视野，又遮蔽了视野；仿佛探照灯，强烈的光柱无法避免明显的死角，令我们对司法制度这一法律秩序中至关重要的因素难以展开深入的研究，从事法律学习的人们在知识和技术方面也不可避免地存在着这方面的缺陷。

值得欣慰的是，近年来这种情况已经发生了巨大的变化。越来越多的人进入司法研究这个领域，司法改革成为各种学术研讨会的主题，大量论文、著作涌现出来，并产生广泛的社会影响。著名民法学家王利明教授也加入到司法研究的学者行列中，而且出手不凡，一下子就是五十万言，这是很令人兴奋的事情。

本书是时下关于中国司法改革最全面的著作。书分两编，凡十三章，第一编总论，涉及

司法制度而不只是司法改革的一系列基本的理论问题，例如司法权的性质、程序公正、司法独立、司法权威与司法民主等等。第二编则分门别类地对改革所涉及到的各方面问题作了细致的阐述。这样的写作布局表现了作者宏大的视野和勃勃雄心，而且也为读者全方位地理解司法制度以及中国的司法改革提供了一个完整的框架和基本的知识基础。

当然，体系宏大本身未必总是优点，因为体系化的叙事总需要作者提出一种新的核心理论，并且由于这个核心理论从而使具体问题有了与前人不同的解读。体系化理论是对常规的突破，它不拘泥于细枝末节，又能够获得局部与整体之间的和谐。与此同时，不拘细节并不是无视细节；理论家的论证也需要历史家的功夫。在今天这样一个学术分工越来越细化和深化的时代，追求体系化和全方位可能意味着不得不在一些作者平常缺乏研究的领域里依赖二手资料，而且容易出现鉴别能力方面的困难。在本书里，我们看得到这样的例子。例如在涉及中国古典法律制度时，对行政、司法诸权合一的历史成因和权力形态的解释（页 4－5，98－9，等等），对于所谓中国古代判例法传统以及对现行判决拘束力的论说（页 255－256），中国古代已经有“陪审思想”的说法（页 384 注 2），涉及我国现行宪政体制时不断地将其称为“议行合一”体制（全书至少六次），司法现代化的命题及其论证（页 40 及以下）以及在论述英国司法制度的发展历史时作者所表达的见解，都因为所依据资料或论著本身所存在问题而弱化了相关论证的说服力。尽管如此，作者还是在许多方面显示了他的洞察力。给我留下较深印象的地方包括我国何以应当更多地借鉴对抗制（页 314 及以下），现行司法管理制度中面临的法官素质与司法独立之间的悖论或恶性循环（页 318，321，465 等），判决理由在司法决策中的价值（页 352－354），立法机关与司法机关之间关系如何合理化（页 119－120，456 及以下），等等，作者的解说不仅具有相当强有力的理论和逻辑的力量，而且也具有对策性研究所应有的可操作性，对于今后中国司法改革的战略以及具体措施的选择都是具有很好的启示意义的。

理论与对策之间的平衡是一个不容易达到的境界。实际上，在这背后是作者的自我角色定位问题。定位不同，话语风格、叙事方式甚至所持观点便会出现差异。本书作者既是一位学者，同时又是这一代学者中参与实际制度改革的活跃人物。这样的双重身份在本书中留下了深刻的印记。注意将相关观点解释为与官方见解相一致，以经典作家及领导人的话语作为论据，对某些尖锐问题缺少超越官方话语的论证（尤其是政党领导与司法独立之间关系，参看页 88，105－107，117－8），等等，都是这方面的例证。虽然这样的话语风格以及观点的呈现方式在实际上具有“托‘今’改制”的效果，有助于减少相关主张在接受过程中的阻力，但是，其中的代价也不小。以政治话语为主导的旧有法律学术研究范式难以通过这种研究实现真正的转换。没有这种转换，中国的法律学术便无以自立，法学没有自家独立的话语，也难以产生以此种话语以及知识调整社会关系的独立的法律职业阶层或集团，难以产生社会对法律知识的依赖，依法治国云云终究不过是托诸空言而已。

不仅如此，托今改制还可能使“戴帽”话语与实际主张之间出现内在的矛盾。举一个明显的例子。在本书中，作者一方面强调我们不实行三权分立，而是议行合一，另一方面，又认为我国人民代表大会对法院的监督只能表现为对财政、人事等方面的控制，议会不能干预司法独立，不能从事所谓“个案监督”。实际上，作者所主张的议会与法院之间关系的具体内容与美国这样的实行三权分立的国家并不存在实质性的差别，或者说，基本上属于实行议会制民主的国家所实行的模式。然而，作者还是要说我们实行的是议行合一，并且认定“司法独立具有一定的虚伪性，司法独立是按照三权分离〖立〗学说建立起来的制度，但三权分离〖立〗只是资产阶级国家权利〖力〗的一种分工”（页 97）。这是很难自圆其说的。

由于过分地依赖或运用政治话语，作者对某些本来从学者的角度能够加以深入例证的问题失之交臂。例如上面提到的政党与司法之间的关系，问题虽然尖锐而敏感，但是学者在这里并非无所作为。首先我们需要对这种关系在我国与西方国家之间的差别给予清楚的辨析，而不是像书中那样，历数西方若干国家政党影响司法任命的事实后，一言以蔽之："司法也并不是完全超然独立于政党和政治之外的，它最终是为统治阶级服务的。"（页 98）这样的结论可能引起误导，因为它忽视了政党与司法关系在不同语境下的深刻差异。其次，在目前的舆论气候下，我们完全可以通过司法独立对社会稳定、市场经济、官场清廉等的重大价值的分析，对我国的政党与司法之间关系加以全新的构思，或者，从更技术化的角度对这类重大的价值问题作出新的回应。这样做，既有助于真正的制度创新，而且也可能具有学术或理论的意义。"对症亦知须药换，出新何术得陈推"（钱钟书诗句），质之王先生，不知以为然否？

本书在写作规范以及编校质量方面也存在着一些疏漏，拣其中明显者列出，以便修订版改正：Inns

of

Court 译名不统一，页 90 为"法庭学院"，397、522 为"法学会"（窃以为最好的译名也许是"律师会馆"）；Lord

Chancellor 译为"政府法律顾问"（页 423），误；页 348 所引"正如伯曼所指出的"一段话，实际上是在伯曼编的那本书所收以研究法官问题而知名的名法学家 John

P.

Dawson 文章中的一段话（引注中此种笼统引之而不注出具体作者的例子尚有不少）；英国名法官 Edward

Coke 在页 90 被误植为 Edward

Kock，他的同一段引文在两处由于出处不同而译文颇有差异；页 45 引《大宪章》时有遗漏（原文"E xcept

by the lawful judgement of his peers or by the

law of the

land"换成汉语，只剩下"除以国法外"）。另外，校对上的鲁鱼亥豕之误可谓比比皆是，不一一点出了。

上传时间： 2001/9/18 文章来源：《中外法学》2000 年第 2 期

评刘燕文诉北京大学案

by 贺卫方

旧话重提，或许大家对此案已经有不少高论了。本案后来结果完全走向反面，令人扼腕叹息。

贺卫方 2001-10-18 23:03:31

对这个案子，我一直是抱着一个特别兴奋的态度来看的，当然兴奋很大程度上来自于本案跟自己所服务的这所大学有密切的关系－－这个大学的毕业生状告自己我们的大学，是很有意思的事情。更令人兴奋的一点是，被告与原告分别由我的同事和－－在一个不严格的意义上讲－－我的学生代理，他们在法庭上唇枪舌剑，一争高下，这的确很令人开心。当然刚才两位原告的代理人和我们被告人的代理律师，两家都澄清了一些观点。我觉得特别有意思的一个澄清，是关于职务和承担职务的特定人的分离。我想律师这样一个职业是非常特殊的，像湛老师刚才所说的一番话，提出了很多很有意思的问题。当然他的同情心我也是很能理解的，昨天他还跟我说，一方面自己是作为一个老师，对学生有着无比的爱心和无比的同情心，让自己的在法庭上与自己所在学校的毕业生对垒，常常感觉到自己有一种角度错位，但是另外一方面律师必须为自己客户尽最大的努力，为自己的客户利益而作斗争。这两种角色相互分离，我记得孟子曾经说过职务和与人之间区分的道理，这里则更是两种职务角色的冲突。不知道职务与人之间的分离是不是现代行政法的一个非常重要原理？湛老师刚才说希望一审的时候代理被告，二审时代理原告。我想，他实际上可以这样，同一审级的时候，就可以既代理原告又代理被告，在这边辩论一会儿，在那边辩论一会儿，自己与自己打架。当然，这只是个玩笑。

对于这起诉讼，我曾经有一点顾忌，那就是，担心外部权力借此机会，以司法的名义干涉大学的独立，对学术自由与独立是否会产生某种不良的影响。从另一方面说，是担心司法权会过度行使。我们都记得法国的托克维尔讲过，在美国任何政治性的事务都可能变化为法律的问题，通过司法的途径来解决。如今强调依法治国，可能人们会以为法院管的事务越宽越好。但我还是有点顾忌大学的自主、大学的独立跟法院的权力直接进入大学之间是否会发生冲突。按照何兵先生的话来说，司法的阳光照耀到科学的殿堂，司法的阳光绝对不仅仅是阳光，有时可能是粗暴的、不那么令人愉快的急风暴雨，有可能对科学的殿堂有某种负面的影响，这个问题也是值得我们考虑的。但是后来海波把他的一个代理词用 E-mail 传给我，我看了里面的代理词，我觉得有一种欣慰感。虽然大家法庭上各自代表自己的客户，但是在代理词中，你们却提出了非常深刻，非常值得我们关注的一些教育管理，大学的管理，以及司法能够在多大程度上进入到教育管理，能够通过什么样的进路，进入到这里边的一系列十分重大的问题，并对这些问题作出很有见地的论证。所以，我自己感觉特别兴奋一点是，这一场诉讼已经超越了这个案件本身，超过刘燕文个人利益的本身。正如刚才两位所说的，如果相关机构不尊重处理问题的基本程序的话，今天可能是刘燕文，明天是你我，这也是完全有

可能的。所以这个案件的意义在这里。

我没有看到我的同事湛中乐教授的代理词，我只是看到一面之词，这一面之词让我感觉比较有意义的包括三个方面，第一方面，它为司法进入高等教育管理领域提供了一个合理的进路，通过判决书我们可以看到，法官意识到了哪个进路是合理的，哪个进路是不合理的。很清楚，一篇专业论文是否达到博士学位水准的判断不是法院的事务，法官不应该走到这个领域里面，它没有这个能力，也没有这个权力。在这个意义上法官也像学五食堂的师傅一样，或者说法律系的教师一样，没有办法判断一篇无线电领域的论文是否达到了博士毕业论文的水平。寻找一个既不涉及专业判断，又能够给当事人提供司法救济的进路，以及这个进路对进行有说服力的辩析和论证，是这个案件中非常有价值的一点。

第二个非常重要的意义在于，原告的代理词里，我看到了他们对于包括学位授予制度在内的现行高等教育管理制度中存在的种种缺陷所进行的分析。在一个法庭之上，一个公开的场合，通过非常严密的论证来指出这些缺陷所在，是本案非常有价值的一个方面。比如说，校级学术委员会的组成，是否足够合理，外行学者评价在多大程度上具有一种合法性，都是很值得讨论的问题。我们说法官不能判断论文本身的质量，但是如果我们又赞成一个完全不懂物理学的学者可以对论文质量进行判断，这在逻辑上不免自相矛盾。何海波的代理词给我的感觉比较有意思的另一点是，他对于民主程序中的弃权票的意义，以及弃权票带来的影响，进行了一番很有意思的剖析，尽管篇幅所限他没有办法进行更深刻的剖析。我们近代以来学习西方的民主，的确有许多地方我们没有学到它的精髓，或者说我们误读的某些东西。比方说弃权票，在学术委员会决定一个事关某个个人切身利益的事项的时候，投弃权票到底意味着什么，允许不允许有这样的弃权票，的确值得我们深思。我们也应当考虑，在校级委员会这个层面上，投反对票的委员是否应当提出自己的理由。事关毕业生命运，你应当极其负责，一个来自中文系的委员，投物理系学生的反对票，认为学生的论文不够博士论文水平，你的理由何在？你应当把它写出来，并且加以公布，这样名落孙山的学生也会心悦诚服。与此相关，我觉得我们的民主中，对某些程序的理解是有偏差的，尤其是普遍的无记名投票的做法。实际上，民主审议的决策有两种方式，一种是无记名投票，一种是记名投票。记名投票在某些场合是十分必要和重要的。例如，美国联邦最高法院的九个大法官判决案件时便是记名投票，而且投赞成票和反对票的大法官都必须给出详尽的理由。我们的学术委员会在决定某个教师是否能晋升职称的时候，最好是记名投票，因为无记名人们便难以知道，比方说，姜明安教授投的是谁的赞成票。人们根据姜教授的投票行为可以对他进行监督，我们可以判断，你到底是否适合做这样一种尊贵的角色。但是我们现在普遍实行无记名投票，这就带来了一个问题，我们没有办法去确定特定人的责任，无从判断他到底称职不称职，也无法调动委员们的责任心。所谓集体负责的结果往往是集体不负责。此外，个别委员个人的好恶，往往能决定当事人的命运，这是个偶然性很大的决策方式。在审议过程中，一些微妙的因素，例如有人为你登高一呼，或者相反，有人似乎是不经意地说出一句貌似平和，而实际上杀伤力极强的点评，就会彻底改变你的命运。我们的制度为什么要容忍这个偶然性，如何减少这种偶然性，把这个东西提出来，将非常有利于改进我们的学位制度，以及相关的委员会制度和教育管理制度。

就本案而言，第三个有意义的方面是，我觉得原告方的两个代理人非常注重强调司法先例的重要性。他们在试图用法官前面判决的那个案件来影响法官对本案的判决结果，而且特别点明这是类型差不多的案件，审理的法官又基本上是同样几个法官，前面的案子是这样判的，后面的案子为保持法律的统一性，为什么我们要作出另外一种判决呢？这种论证方法很

有说服价值。我觉得如何维护法律的统一性是司法实践中是相当要紧的东西。我们的公民都生活在统一的法制之下。法制的统一不仅仅要体现在我们的立法规范是统一的，而且还必须体现在不同地方和不同时候的法官所适用的法律规范以及他们对于相关法律条文的解释应当是统一的。虽然在我们国家不承认司法先例的强制性约束力，然而先例可以有说服性的拘束力，有引诱性的拘束力，这个拘束力是非常值得关注的。法官不能对类似的案件昨天一个判法，今天就自己掌嘴，以今日之我非昨日之我。要是那样的话，法律的可预期性将丧失殆尽。

上面是我对与本案直接关联的几个问题的看法。接下来要谈一谈，我自己作为一个教师，对现行大学管理制度中的一些问题的看法。结合这个案件，我觉得在这个场合，我们有必要一起来探索一下，到底是否存在某些缺陷，如果存在的话，如何改进的问题。这是这个案件对我们教育界的意义。第一个缺陷，我们刚才已经有所涉及，就是如何避免外行决定内行的命运的问题。高等教育管理中，有一个非常重要的传统就是教授会制度，就是教授治校。一个大学里面，谁是真正的主人，应该是这个学校的教授，和这个学校的学生，他们是真正的主人。但是很不幸的是，半个世纪以来，我们的传统，更愿意导入的一种意识形态是群众路线，更多导入的制度是工人阶级、贫下中农管理学校。1957 年，北京大学有好几个教授成为右派的原因是他们不能容忍受外行人对教授专家们指手画脚。对一个相关学科评价的尺度，相关知识成果的评价尺度方面，我们都或多或少存在着外行来决定内行命运的问题，在整个管理模式方面比较强调非学者来管理学校，这样一个模式，外部权力就通过这样一个方式进入到大学里的。另外一个层次就是各种委员会，即使专业化的委员也存在一个简单通过一个多数来决定一个人命运的问题，这是第一点。

第二点是过份的民主化的问题。说民主的坏话在现代社会中永远是一个冒险的做法，但我还是认为，我们应该清楚认识到，民主并不是一种完美无缺的制度。哈佛学院院长罗夫索夫斯基在他写的一本书里谈到大学管理的问题，他提出七个方面的管理定律，第一个定律是，要相信不是任何东西都可以通过民主来改进的，过份的民主会导致精英的流失。他举的例子非常有意思，荷兰、法国，在本世纪六十年代后，普遍吸收学生和学校的其他辅助人员跟教授一起平等地参与学校的管理，导制的结果是最优秀的教授纷纷走人，他们用自己的脚来代替手来投票，他们离开这个地方，因为这个地方不能容纳精英。大家都能记起托克维尔对于民主制度的某些负面效果的担心，民主可能导致多数人的暴政，有可能导致一个文化的逐渐堕落，至少可以说文化逐渐平庸化。罗索夫斯基认为我们至少应该区别两种民主，一种民主是国家政治层面上的民主，那种是说每个人都有平等的一票来决定什么人来统治我们，我们应该选择什么样的人，这个是人人平等的民主。另外一种民主，如果我们说是民主的话，教员的民主和各种各样的通过遴选机制，发证机制，来决定其成员的群体或组织，它的民主模式，应该是有所不同的，应该不是一人一票的，不同的人说话的份量应当不一样。你要充分考虑到一个人跟特定的机构之间的关系，他如果要一辈子都要服务于这个机构的话，他的发言要重要的多。如果他只是一个四年或三年的匆匆过客，那你要注意不要给他太大的发言权。尽管他的话被哈佛的学生强烈攻击，但是管理制度方面的这些问题仍然是我们所应当慎重考虑的。我们似乎要注意如果大学里教授谁来决定，如果到了哪一天北京大学的教授是由全校的教职员工每人一票投票选举产生的话，我不知道北大会变成什么样子。民主的悖论之一在于，假如大多数人投票决定实行专制的时候，也就是说，通过民主的方式作出反民主的决策，民主的倡导者该如何是好？而我们看到人类历史上并不是没有过这种经历。

第三个方面，我觉得，一个学校如何创造一个责任机制的问题，也就是责任要明确的问

题，我们现在委员会的这样制度，无记名投票制度，一个后果就是要说这个学校是由谁来承担相关决策的问题，都搞不清楚。在君主制度下，君主是把天下财产作为自己个人财产，个人财产他珍惜，不像我们现在这个制度，谁珍惜我们的公有财产啊？这个制度更大的缺陷之一是没有人负责任。这就是我为什么反对审判委员会制度的原因。责任没有人负，荣誉也不是很特定化的，北大管理得好是谁的荣誉，法学院管得好是谁的荣誉？荣誉归于集体，没有个人英雄。在这里，我们可以看出，由于荣誉机制和惩罚机制以及相关的责任机制都没有，可能对我们的社会发展带来相当负面的影响。

附网友回应

【老行者】 2001-10-19 18:30:01

特别欣赏贺老师的要防止“过份民主化”的观点，这真是我们要思考的。民主保护的是大多数人的利益，但少数的精英人物的利益可能被忽视。而且民主结果也确实不一定是真理。与法律所追求的公平、正义的目标有时会有所冲突。

还有无记名投票，我认为这是在专制下对发表意见恐惧且担心报复的产物，其让职权者可以随心所欲地在暗箱中操作。对于一种公平的制度来说，应该是记名投票。

【贺卫方】 2001-10-21 1:32:02

行者说的是。其实我将这篇旧论贴出来，也是对你关于民主与法治之间关系的那篇言论的回应。关于记名投票或无记名投票，窃以为需要再仔细一些的分辨，何时记名，何时无记名。两种都具有其价值。此问题关乎宪政实践，亟待深入讨论。未知行者以为如何？

记名与不记名

【TheEnd】 2001-10-21 4:40:33

记名与不记名，的确是个值得讨论的问题。

政治制度上的记名与不记名，可能大多是衡量知情权、监督权和隐私权的结果。而且居于弱者地位的大多采用不记名。所以，公民进行投票，采用不记名方式，是可以的。而法官、议院则应明确的表明态度，这即使公民了解知情，同时也为了对上述人等的监督。对于越是有权力的人，就越应该对其采取记名的方式。

所以，如果要看中国的政治制度，就不免奇怪。人大代表原本是举手的，后来改为电子投票器。结果，公民无从知道至少在理论上是代表他们的代表的主张和意见，并且，如果按照上段的说法，人民代表实在应属于弱者，那人民呢？

【一水寒】 2001-10-21 13:12:57

行使权力者就要承担责任，不管是法律责任还是政治责任，可中国的匿名制是我们追究行使权力者的责任成为一个不可能的事情，这也为官员们的腐败留了后路，为代表们不代表人们的利益找到了庇护伞，为答辩委员会的委员们出于个人之私（例如对他不太尊重了什么的）毙掉一个学生开了方便之门。

中国的政治就是个人之治，私利私益之治，玩众百姓于掌股之间。

【日月经天】 2001-10-21 15:16:35

目前中国的现实是，以众人负责掩盖每个人的责任。

相关文章：
HREF="http://law-thinker.com/detail.asp?id=1017";

TARGET=_blank>转了向的里程碑——评刘燕文诉北京大学案二审判决

上传时间： 2001/10/20 文章来源：雅典学园

请吉林艺院别再制造有害的先例

by 贺卫方

吉林艺术学院卢雪松老师由于在课堂上表达自己对于林昭事件的看法，并且可能在私下与同学交流时表达了某些在学生看来或许“离经叛道”的观点，受到学生秘密告发。该院决定“卢雪松停课检查，听候进一步处理”。此后，卢雪松在网上公开发表了致学院党委书记的一封信，言辞恳切，说理透辟，显示了一个年轻学者的道德勇气和人格尊严。公开信在网络以及传统媒体上都赢得了广泛的同情。不少学者还进一步就这起事件得以发生的社会以及制度原因、学者权利与学术独立、教师的言论边界以及怎样在全社会形成一种理性的交流气氛等作出分析，使得相关讨论的意义不再局限于一人一事，这是很令人欣慰的。

看过许多讨论后，我觉得最大的遗憾是法学界在这起涉及许多法律与权利事项的讨论

中基本缺席，反倒是一些法学界之外的学者提出了其中的法律问题。例如徐友渔教授提出应该依据《中华人民共和国教师法》对于此事加以裁决。他引用了《教师法》第七、八和三十七条的规定，认为卢的教学和言论完全合法，比照该法中列明的可以引以作为处罚一个教师的全部依据，卢的言行一条也够不上。也就是说，吉林艺术学院对于卢的停课处罚是公然违反了《教师法》的。

这里应当补充的是，涉及此事件的法律还有《中华人民共和国高等教育法》，该法第十条明确规定："国家依法保障高等学校中的科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由。在高等学校中从事科学研究、文学艺术创作和其他文化活动，应当遵守法律。"第五十条规定："国家保护高等学校教师及其他教育工作者的合法权益，采取措施改善高等学校教师及其他教育工作者的工作条件和生活条件。"根据这样的规定，除非学院能够明确地提出并以确凿的证据证明卢有不遵守法律的事实，否则"停课检查"之决定就是一个不折不扣的违法决定。

上面所说，多侧重这类事件涉及到的实体问题，其实，对于一个教师作出处分，程序的合法性也是值得重视的。虽然相关法律缺乏明确的程序规则（只有《教师法》第三十九条就教师对处理不服的申诉程序作了简单规定），但是，法律正当程序的一般准则还是必须遵循的。这样的准则包括任何处分作出之前必须给予相关当事人充分的申辩的机会（也是一种权利），当事人有获知指控者并与其当面对质的权利，有要求程序公开的权利，作出处分的机关要承担提供证据充分、说理清晰的书面处理决定书的义务（因为这样的文件可以在此后的法律程序中作为呈堂证据使用）。此外，按照教师是大学主人的原理，对于教师的任何处理都不能由学校"官方"单方面作出，相关的程序必须有同行的参与甚至应当由同行主导。最后，合理的程序规则还包括当事人对于处分不服，享有向法院提起诉讼、寻求司法救济的权利。

令人遗憾的是，吉林艺术学院的停课处理是在完全不顾上述程序要求的情况下作出的。迄今为止，被剥夺教学权利的卢雪松仍然不知道指控她的是何许人也，也不知道到底根据什么事实对她作出控告，她没有得到任何申辩的机会，甚至连一纸书面的停课决定都不给。官员们眼神躲闪，表情模糊（卢雪松：我等待着一场愉快的谈话

），所有的情节都处在一种神秘兮兮的气氛中。一名教师的基本权利居然被她自己学校的"领导们"如此粗暴而诡秘地践踏，真令人有时光倒流之感。

是的，这样的处分方式让我想起了中世纪宗教裁判所的程序。甚至宗教裁判所也只是在某些程序被滥用时才会出现公然践踏当事人程序权利（例如不告知被告人系何人指控）的情形。与我们在卢雪松事件中看到的类似的一点是，使得正直善良之士遭受迫害的常常是某些人的私利追求。1482 年，教皇西斯克特针对西班牙的宗教裁判所违反教会法的行径发布通谕加以谴责：

……在过去的一段时间里，审判异端的活动不是基于对信仰和灵魂拯救的热情，而是出自贪婪的动机。许多真实虔诚的基督徒，在自己的敌人、对手、奴隶以及其他更卑贱更猥琐者的指控下，未经任何合法的审判，就被关进世俗政权的监狱，受尽拷打，被宣布多次犯有异端罪，被没收财产，交由世俗当局处死。如此情形危及灵魂的拯救，构成了有害的先例，引起了大家的厌恶。（彭小瑜：《教会法研究》，商务 2003 年，页 242）

已经是 21 世纪了，"依法治国"也已经成为我们的宪法准则，我们有充分的法律和道义的理由，要求吉林艺术学院不要再制造一个"有害的先例"。

2005 年 8 月 2 日 贺卫方

上传时间： 2005/10/24 文章来源：法律思想网

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

网友评论发表评论>>只显示最新 10 条。评论内容只代表网友观点，与本站立场无关！

『一言难尽』于 2005-12-17 19:35:00 发表评论：

这就是中国的普遍现状,我也是一名大学教师,讲授法理学,也常离经叛道,但幸运的是至今没有学生告发我.我甚至每次上课时看看是否有学校督察组的在窥视,才敢放心讲课.福柯说得对啊!!!!!!!!!!!!!!!!

『小熊』于 2005-11-28 0:54:00 发表评论：

在中国，这样的事实在太多了，多到了人们已经习以为常。我认为，既然提出一个法治的目标，就内在地要求在这片土地上生活的每一个职业群体都要有一定的行为边界，边界之内人是自由而安全的，不得被任意剥夺。因此，为这位老师呼吁就是为我们自己呐喊，为中国的法治和中国人的幸福呐喊。

『keju』于 2005-11-10 15:56:00 发表评论：

没有自由，尤其是思想上的自由，国家就会没有希望，因为：如果别人说得对，那么错误会继续；即使你没错，别人说话的勇气要是被你灭了，那以后就没人会说话了，再以后就是防民之口的道理来教训你啦；还有，人人自主思考和怀疑的能力下降了，民族谈何创新？

『王超』于 2005-10-29 15:07:00 发表评论：

学术自由是一个国家法治文明的一个重要的标志,无论它有多么地离经叛道,这也仅仅局限于学术范围!!!强烈抗议对学术自由的压制!!!

『wuchiblue』于 2005-10-29 11:12:00 发表评论：

不止是老师的上课权利应该得到保护,学生的受教育权也应该得到公正和透明的对待.

学生被开除了,不止应该只是由学校单方面作出决定,起码应该给当事人辩解的机会

老师的言论本来就应该自由

学校就不应该多加限制.

只是我们的学校体制相当落后,学校自己的许多规定都是违反《中华人民共和国高等教育法》.

『hzgchzhy』于 2005-10-26 18:50:00 发表评论：

权力一再赤裸裸的宣示，只有用不懈的法律需求和改进才能索住它偏离正轨。

『回头浪子』于 2005-10-25 14:14:00 发表评论：

我们大学生希望有更多正直、敢说话的教授学者！！强烈抗议学校的压制言论的做法……

『清水木榕』于 2005-10-24 20:02:00 发表评论：

非常敬佩贺卫方教授关注社会、宏扬法治、针砭时弊、启发民智的良苦用心和道德勇气。

向张志新、李九莲、林昭等中华女杰致敬！

全能型衙门：传统与影响

by 贺卫方

上一篇文章我们讨论了我国法官服饰问题，认为大沿帽和制服这样的军警式服饰与法院从前的职能定位以及法官行使司法权的方式之间有着密切的联系。除了这一解释外，我们还可以把服饰作为一种文化符号，从文化传统上寻求解释。这一篇文章就想向后看，通过对传统的解读，分析我们今天的司法制度与以往的制度与观念之间的历史关系。

我国传统社会的政府组织与今天相比存在着明显的不同。虽然中央一级有院、部行使不同的职能，但是，在与一般民众日常生活最贴近的县、州这样的层次上，政府的权力和职能都是综合性的，我们姑且称其为全能型衙门。从官员这方面说，虽然他只是郑板桥所谓“些小吾曹州县吏”，但是，在本级政府这个层面上，他却居于权力格局的核心，地位至高无上。他是所在地方的决策者，是把中央的指令以及自己这一级政府的决策落到实处的领导者，又是纠纷的审理者和犯罪的追究者。也就是说，他是立法、行政、司法三权集于一身的最高官员。没有独立的“人民代表大会及其常委会”对他的权力行使过程进行监督，也没有“人民法院”独立地行使审判权，例如我们不能想象他会成为当地某个案件的当事人；像今天所谓的“民告官”压根儿就不可能在同一级政府里发生。

从我们帝国数千年的历史看，这种传统的政府模式经常与专横严酷和恣意妄为联系在一起。但是，其他几种因素的引入，使得这种政府模式的专横程度得到一定程度的缓和。儒家政治学说对于官员行为的约束，科举取仕的长期通行（在此过程中儒家学说对官员意识不断浸染，同时又使得许多亲历民间疾苦者得以进入官员阶层），帝国意识形态所倡导的国家权力对民间社会的有限性，都是其中重要因素。况且，从一般百姓的角度看，全能型衙门还有其优点呢，那就是，人们遇到了必须求助于政府解决的问题，州府县令们是无从推诿的；他们的决策在本级政府中乃是唯一的。

辛亥革命推翻了帝制，也埋葬了衙门体制。但是，不应当忘记的是，中国告别这种政府模式的时间尚不足百年。在今天的生活中，全能型衙门的观念仍有其影响。尽管我们在各个级别的政府中都建立了西方式的分权体制，然而，在许多县长－－姑且只以县长为例－－的观念里，他们就是一县之长，他们容不得人民代表大会的监督，容不得人民法院和人民检察院行使超然于他们控制的审判权和检察权。我们还常常发现，支持这种传统的力量不仅仅来自各级行政首脑们，还来自于那些仍把县政府视为县衙的一般民众，尤其是那些深受不同机关相互推诿之苦的人们。“为什么我们找不到一个说话算数的官呢？”人们不免有些怀念起从前那些大堂之上说一不二的州府县令了。

分权学说和分权制度在中国遭遇到全能型衙门传统所带来的严峻挑战。

近百年来，我们的法院并没有在回应这种挑战的努力中获得成功，至今法院在政府的权力格局中仍处于边缘化的地位。法官任免受地方势力影响，预算拨款受制于同级财政部门，公民状告公安局反而让法院如坐针毡。某县长到法庭做了一回被告人居然成为法院报的头条新闻－－那篇报道告诉我们，一位旁听的老大爷握着县长的手说：“旧社会是县太爷审状子，如今法官审县长，没想到你真能放下官架子。”那位县长笑答：“民可告官，这是我国行政诉讼法的规定，我当县长的不带头守法，那些局长、乡长怎么会愿意来坐被告席呢？”这位县太爷讲得多明白，他哪里是来坐被告席的，“御临”法庭，只不过是作样子给下属看的！对于官大人而言，坐不坐法庭的被告席并非取决于法院的传票，而是取决于更高级官员的示范和他们是不是愿意去坐。噫，法院独立，岂非假语村言？

当然，法院也不满意这种边缘化境地，何况任何政府结构一经设立似乎都有一种扩张权力的倾向。法官服饰和行为方式向军警风格靠拢，从而让民众感到他们本是有权有势的官员。在决策者看来，这正是提高法院地位，获取更多社会资源支持的好途径。

“戏不够，曲来凑。”可是，曲子唱得太多，戏越发冲淡了。

原载《南方周末》1998 年 1 月 16 日。

让正义在每一个案件中实现（评黄金高案，未删稿）

by 贺卫方

删节本刊登于《财经》

最初在网络上看到黄金高事件的有关材料，就感到这个事件非同寻常。后来知道这位县委书记被采取强制措施，他的命运之不妙也可以未卜先知了。果然，一审判决出台，黄金高不仅有罪，而且是无期徒刑，剥夺政治权利终身，且没收所有个人财产。审判过程中，出现了一些很不正常在我们这里却又见惯不怪的事情，例如涉案证人百余人却无一人到庭亲自作证，虽然有人旁听，但是寥寥无几的旁听者均为提前安排的人士，而且所有媒体记者都不能进入，不准报道。法院内外如临大敌，戒备森严。这样的司法过程如何不令人怀疑其中的蹊跷呢。

如果从 1990 年代初算起，我国的司法改革进行已经进行了十多年了。其间司法界作出了艰巨的努力，力求提升司法的公正程度，回应社会对于正义的呼唤。但是，一个让人不安的事实是，随着司法改革的持续和深化，现行体制中的弊端也在不断地显现，并越来越成为走向司法公正的障碍。尤其是一些重大敏感案件（这类案件通常是衡量一国司法是否独立和公正的最重要标尺），由于种种非法律因素的影响，法院往往以公然违反有关程序法的方式进行审判，如此司法，即便可以对于个别违法行为作出严厉处罚，但是却不会树立国民对于司法和法治的信心，也极大地败坏了国家的形象。

黄金高事件发生后，国人哗然，海外关注。由于这个事件令人惊异的情节及其扑索迷离的背景，由于事件发生后当地官方的异常反应和黄金高本人处境的急转直下，我们有理由要求本案能够由一个中立和公开的司法机构加以审理。在今天这样一个利益日益多元化的时代，任何地方都可能出现某些恶性的利益竞争或者违法行径，不过如果司法能够作出公正的裁判，社会总是可以逐渐地形成良好的秩序。

这里需要司法权行使中的超然，它对于任何人都适用同样的法律规则，而不是因人而异或者因事而异。需要法院不受法律之外的任何因素的影响和干预，一准于法。需要严格执行无罪推定的准则（刑事诉讼法第 12 条："未经人民法院依法判决，任何人都不得确定有罪"），因而绝不容许未审先判。需要法官对于各种证据进行严格审查，被告人和律师有权对于证人证言进行细致地对质，以排除任何可能的对被告人的诬陷或司法迫害。需要法庭的开放，除录音录像等可能干扰法庭审判的方式可以限制外，媒体对审判过程的采访和报道的权利必须加以保障。

遗憾的是，根据报道出来的情况看，南平中院对黄金高先生的审判过程仿佛处处跟程序正义的准则相反对。案件指定南平中院而不是由福州中院审理，好像是为了让法院更加中立，然而审判地却是在福州中院。从最善良的动机猜测，或许是为了证人出庭方便而采取的折中之举，然而最终没有一个证人出庭的事实却证明这种猜测善良得有些幼稚。那分明是为了便于有关部门或人士能够近距离地严密控制所有的环节而作的设计！

说到证人出庭作证，其中的重要性稍了解司法特性的人们都可以想见。被告人及其律师不能面对面质证，谁知道那一张张纸上写的证词不是办案人员刑讯逼供获取的，或者是对黄金高怀恨在心者的栽赃诬陷？一百多证人全部出庭当然不容易，但是一个人都不出庭却也是"难能可贵"！联想到肖扬院长在今年两会上所作的最高法院工作报告还在强调要健全证人、

鉴定人出庭制度，南平中院居然在没有一个证人受到辨方质证的情况下悍然下判，实在是“余勇可嘉”。我们不禁要问：这样的裁判方式还能够说是司法么？

一百多年前，也是从福州这个地方，一位名叫严复的年轻人远涉重洋到英国求学。初到英伦，他多次到英国的法庭旁听英人审案。旁听多次，严复恍然有所悟，告诉清廷驻英大使郭嵩焘，英国之富强根源不在坚船利炮，端在其司法。英国的法庭每天都在伸张正义，小民不惧豪强，人人安居乐业。这样的国家，想不强大都难。后来他满怀救国之志，翻译了大量西方政治法律著作，力图改变这个老大帝国的旧制度，建立能够保障自由和繁荣的现代政法制度。可惜的是，在那个时代，他的愿望根本不能实现。

今天，我们是否能够实现先人的遗志？如果我们想去实现，不妨从黄金高案开始。

上传时间： 2005/12/1 文章来源：法律思想网

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

网友评论发表评论>>只显示最新 10 条。评论内容只代表网友观点，与本站立场无关！

『shirley』于 2006-3-18 23:25:00 发表评论：

程序公正并不是实体公正的附属品，程序公正在中国这样一个人治国中随无容易根植的土壤，却有着其切实实现的必要

『youhongtibet』于 2006-2-28 14:39:00 发表评论：

这样的事情让我们这些刚刚步入法学的人怎么想。也许在某些制度完善的时候，程序正义的法律信仰的人更为重要－－希望我们的正义要是真正的正义－－无世俗的沉渣。

『小愚』于 2006-2-27 12:51:00 发表评论：

让更多的非法律专业人士也了解中国的司法审判制度，我想是很有必要的，我在向身边的同学讲述中国人大制度，司法制度时，他们都笑了，他们都知道现有的制度无法实现独立，一个法官的生存权都有问题时，如何能够做到独立审判那

『一一』于 2006-2-25 14:12:00 发表评论：

中国不能司法独立的根源就在于新中国虽然建立了，但是新的政治体制还没有建立，从古至今，中国的官僚制度本质上都一样，司法独立的问题从来就不是一个法律问题，它的解决是法律本身无能为力的。

『双氧水』于 2006-2-24 12:43:00 发表评论：

在中国这个社会，司法不独立已严重成为实现中国法治的障碍，这种情况在可看到的将来，可以改变的可能性不太大.法官受制于人的地方太多，法院受制于其它部门的地方太多，

我们的法官想公正都不能不有所顾及，太多的事情他们决定不了！但我们不能因为看不到短期的法治前景就被障碍吓倒，就失去了对法治国的希望．相信象贺老师样的中国人多了，敢于说真话与不法不公唱反调的人多了，实现法治也就不远了吧！

『爱法』于 2006-2-22 19:40:00 发表评论：

中国的司法独立将是一个漫长的过程，因为传统的东西在制约着法制的的发展

『star』于 2006-2-8 22:57:00 发表评论：

中国的司法独立的根源在哪，怎样才能实现司法独立？就目前的状况似乎很难完整的回答这些问题．但毫无疑问，司法独立是必然的趋势，我们有信心．同时，也须我们每个公民的努力．

『Chinasc』于 2006-1-8 14:31:00 发表评论：

to 无名

1、贺季二人的学术良知等并不能影响我自己判断，他们是优秀学者但并不代表他们就是上帝

2、媒体监督的适当性？真是可笑，一个没有结案的案件就已经由媒体们定性了，真可谓是适当？旧事重提一下，究竟是谁杀了刘涌？学者们的我看比我更清楚？是谁让佘祥林做了牢？与其空洞的谈“适当”不如多看看报纸和学者们的言论

3、法律教育又如何？是谁在主导法学教育？不要把所有的问题都推给教育部！课到底怎么上，方法到底如何传授，权力在教授们的手中！

4、熟人社会、工商社会、证人制度不知道关系如何错了？不要把所有的问题都推到中国老百姓身上，说中国民众不懂法，完全是学者们在自已的精英意识下所表现出来的一种没有根基的高傲。

『无名』于 2006-1-7 6:57:00 发表评论：

to(chinasc):读完此文的第一疑问竟是如何制约媒体，I 服了 you。。。熟人社会，工商社会，证人制度的关系摆得明显不对。。。媒体监督应符合适当性原则，但此处并无不妥。。。关于法制教育，原因很复杂，我道常想，其实不论种种，能做到，最基本的，讲实话，办实事，就可以了，遑论其他。。。。于是问题就根本不是用不用，死胡同这个词了。。。

贺和季都还属于中国少数的办实事（有自己学术追求）和讲实话（明白的表明观点和质疑）的人。。

『Chinasc』于 2006-1-5 11:32:00 发表评论：

如何制约媒体是我粗略读完本文人的第一疑问。媒体“监督”司法的正当性何在？

第二个疑问就是为什么现在无视中国熟人社会特质而非要理所当然的采用工商社会社会下的证人出庭制度

以上两点，是我在博士论文选题过程中否决的题目。因为经过查阅大量资料，我无法形成一个能够说服我自己的观点。所谓的“必须以看得见的方式实现正义”，已经看得太多，当我在法院以及检察院系统中工作时，已经对我国理论界以欧美为标尺衡量中国司法“腐败”“不公”的做法，甚至学子们只知道批判“法律效果与社会效果相统一”而完全忽视欧美的法官同样是“在法律与社会寻求统一”时，我非常怀疑大学法学教育是不是走了一条虽然被理所当然的认为正当但实际却是一条死胡同的路。

人大代表职业化的影响

by 贺卫方

人大代表职业化的影响

在天则所座谈会上的发言（03 年 2 月 25 日）

随着政治体制改革以及宪政建设日益进入人们的视野，我国人民代表大会制度的改革走向理所当然地成为关注的焦点。这个时候，人大代表职业化的提出让关注中国政府制度变化的人感到振奋。全国人大正在迈出一些引人注目的步伐——要设立 20 位真正职业化的代表来担任专职的人大常委，这些常委将专门从事人大的立法、监督以及法律解释等工作，而不再只是参加一下每年一度的人大会议或每年几度的常委会。人大代表职业化这个说法的提出，跟人们越来越不满足于人大的长期以来不能够行使真正的最高权力有相当大的关系；也跟在这样的一个转型的时代里，人们越来越关注我们的政府如何更充分代表民意这个背景有相当密切的关系。

人大代表职业化的提出会引发我们很思考。

我们首先要思考什么是一个立法的机构？我们思考在一个国家的体制建构过程中间，为什么要出现权力分立？这些都是非常重大的问题。我们还要考虑我们人大制度怎么建立？人大代表怎么选举产生？比如，在多党制国家，议员是以政党划界的，我们国家则是以行政区划来划分。这样的划分产生的结果是，行政区划不仅仅是行政权力安排的单位，而且也是立法权和司法权安排的单位，于是三种权力必然裹缠不清，难以相互制约与平衡。与此同时，对于人大本身的议事方式也带来负面影响——在所谓分组讨论时，行政区划中的党政首脑就成为当然的“大代表”，行政权威直接延伸到立法权之中，导致人大对行政权的监督无从开展。

人大代表职业化还会引出某些过去不大为我们重视的问题。例如，代表人数的上的问题就容易显示出来。如果我们逐渐扩大专职代表的比例，而且目标是所有代表都是职业化的，那么目前这种熙熙攘攘三千代表显然是难以承受的规模，完全没有办法进行职业化。还有，我们需要思考，所谓专职代表需要满足怎样的标准，尤其是在全国人大代表的产生尚未实现真正的民选的情况下，挑选怎样的人进入，那些机构会在这个选择的过程中发挥影响力，都将成为宪政起步时刻的重大事项。

不仅如此，人大代表职业化也将对人大在中国政治结构中的地位和作用产生实在的影响。专职代表与“兼职”代表之间的区别仿佛专业演员与票友的区别——专职代表必然要求更大的表现空间，这有助于人大真正行使最高权力。如果它是一个空壳化的机构，或者只是一个“睡美人”，我们没有必要去建构这样的一个职业化的队伍。当然，单纯教育程度高或者社会声望高还不足以成就一个合格的人大代表，因为影响代表行为的根本因素还是他的权力来源。不过——但愿这不仅仅是一种期盼——当越来越多的代表成为职业政治家的时候，人大作为一个权力机关的行为模式应当会发生相当的改变。

人大代表的职业化也意味着人大将会对中国的立法程序以及法律解释等方面做出更多的专业化努力。人大的重要使命是制定法律，而且，按照我国宪法以及立法法，全国人大常委会担负着解释法律的职责，但是，随着社会关系的日趋复杂以及立法本身专业化程度的深化，立法和法律解释越来越无法仅仅依赖常识或单纯的社会阅历便能胜任。一些法治发达国家的议员中法律人比例动辄过半，当然不是偶然的。制定法律、解释法律的机构，行使权力者却基本上不懂法律，一国法治的建设是无法上轨道的。

我所谈的人大代表职业化这些影响实际上也是职业化的要求，这是一个良好的开端。虽然其中效果还有待观察，但是这类涉及基础性制度的技术特征的改善值得我们欢迎，因为它可能成为引出价值的或者是一种根本性变化的契机。

载《经济观察报》03.03.03.

Taohuaxian：关于议员是从政党来,还是从行政区划来,并不矛盾,美国的参众两院议员都是既从政党来,又从各州的份额里来.关于国会议员和行政分开,前提是要三权分立,没有这个前提的话,就象英国一样,内阁成员又是议会议员.俺们的政治理论是人大为最高权力机构,其它政府各支均为执行机构.以这样的政治理论,来看俺们的人大代表又是政府官员就并不矛盾.

不过俺欣赏老鹤的发言,老鹤把政治问题或者说道德问题变化成技术问题,法律问题来谈是一个好的办法,值得大家学习.

上传时间： 2003/3/13 文章来源：本站公法评论论坛

人大监督与法官独立审判

by 贺卫方

此案涉及到两方面的问题：一是人大如何行使监督权；二是如何保障法官的独立审判权。

人大是我国的最高权力机关，有义务也有权力对行政机关和司法机关的业务进行监督，但这种监督只能保持在对财政和人事管理的层面上，如果法官有重大的贪污渎职行为，在现行法律下人大有权对该法官进行弹劾甚至罢免。

所以，人大在行使监督权时，应当分析一个法官在判决一个案件时，除了在解释适用法律方面有某种争议以外，是否有个人的过错。如果是一些非职务性的过错，比如贪赃枉法，或有明显的收受贿赂的嫌疑或行为，人大给予法官一定的监督是可以理解的，甚至可以弹劾。可是，如果一个法官只是根据自己对法律的理解对一个案件做出判决，这种理解可能不符合某地方权力机构对于这个法条的理解，甚至可能宣布这条地方立法法规无效，都不应该被视为一种应当追查责任的职务行为，也就是说，这些完全都是在一个法官应当享有的豁免权之内。

法官的独立审判体现在，法官在其司法事务中，对于他所处理的案件享有排他性的权利，没有人可以干预他对案件事实的论证，以及对案件适用法律的取舍。法官惟一受到制约和影响的应该是上一级法院，当法官对案件的判决发生了法律解释上的某种错误或争议的时候，上级法院有权对案件适用法律做出重新解释，甚至于改判，这是诉讼法和法院组织法赋予上级法院的权力，即下级法院必须服从于上级法院的审查的一种权力。除此之外，一个法官对于适用法律的解释，以及基于有效可靠证据对案件事实部分的论证，都是完全属于法官自己的权限，不应该受到任何其他人的干预。

法官的独立审判需要遵循法律统一的原则，这也是一个宪法原则。宪法之所以规定法律统一原则，是为了这个国家每一个地方的公民都生活在同样的法律制度之下。

法律的统一不单要求法律条文是一致的，还要求运用法律的法官对于重要法律条文的含义和精神，以及一些关键性的法律概念的理解是一致的，与此同时也必须要求法官在司法过程中间必须要对于相关联的法律，及法律效力规则中的效力进行一个效力等级上的比较、判断和划分。在法理学中，这个划分即法律的位阶，按照各国的惯例，宪法是享有至高无上的地位的，接下来就是全国性的法律规范。当法律之间，或者法律与行政法规之间出现法条竞合的情况时，需要法官对应该优先适用哪个法律规范做出判断，而做出这个判断首先的依据就是法理学中的位阶的划分。

1803 年马伯里诉麦迪逊案是一个里程碑式的判例，它在美国历史上确立了法院的司法审查权：是因为它使我们认识到了，一个国家法律统一的重要环节有一个是司法环节，而不仅仅是立法环节。只有法院手中握有对于法律适用方面的判断，对于违反了上位法律的下位法律，可以宣告它的无效，才能够保证一个国家法律的统一。

而从目前我国的法律授予法官的权限来看，法官可以宣布某一具体行政行为无效，而不能宣布抽象行政行为无效，由此可以推之，法官也应该无权宣布违反了上位法的某地方法规无效，这超越了现行体制容许的法官的权力范围。但我认为，在此案中，这种超越并非由于腐败或者渎职，而是在追求一种更加公正的效果，是法官在追求更高品质的法律。

上传时间： 2003/11/24 文章来源： 本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

人为理性之闪光（以问答体写的代序）

相关图书: 《法官判案如何讲理》

甲：世间有些问题看似简单，但是真正追问起来并不容易回答。例如，法官判案应不应当说理，便是这样一个问题。

乙：这还用问么？法官判案，如果不把他怎样得出判决结果的道理讲清楚，那岂不是想怎么判就怎么判，不成了典型的司法擅断和司法专制了嘛！

甲：未必如此吧。你记得从前的“神明裁判”，不管是我们的独角兽（那种唤作 zhi 的神奇动物），还是英国历史上的热铁裁判，还有，某些部落很晚近仍在采用的鳄鱼审判，都是不讲道理的审判……

乙：请你不要将这些人类在蒙昧时代的做法拿来作依据。我们说的是现代社会。在民智未开的时候，人们相信一些超自然的事物能够判断疑难案件的是非曲直，所以，神明裁判可以解决纠纷，维护社会秩序。再说，鳄鱼不会开口说话，你让它如何说理去？

甲：不，我觉得那是另一种说理，鳄鱼把两个嫌疑人中的一个吃掉了，剩下的就是无辜者，只要大家相信这种结果是公平的，就是一种合理化的过程，或者叫证成（justification）的过程。我的看法是，法官说理与否，或者怎样说理的问题，需要放在特定的语境中，在说服者和被说服者之间的关系中加以把握。而且，不要夸大我们今天的所谓判决说理跟从前的神明裁判之间的差别。

乙：唉，这真是你不说我还清楚，你说了我反而糊涂。依我看，今天我们要求的说理是完全不同的。法官要在判决书里对于证据的采信或拒绝给出明确说明；他不仅要引用相关的法律条文，而且还要对引用特定条文——以及不适用其他某些相关的条文——的依据作出解释；他要对双方当事人及其律师的法律主张作出回应；在起草判决书的过程中他要严格地运用逻辑的规则。只有这样，我们才能够说法官进行了法律推理，通过司法过程所推进的法律的确定性和统一性才可以得到保障……

甲：其实，我也赞同你的观点，而且还可以举出严格的法律推理的更多的价值。例如在判决书里加入严格的法律推理实际上是一种法律决策公开化的过程，这种公开能够抑制法官的恣意，能够创造出法律的某种可预期性。而且，法律推理将判决理由加以仔细的阐述也可以起到说服当事人的作用；道理讲清楚了，当事人尤其是败诉方当事人可能更容易接受判决结果，不至于输得不明不白。目前愈演愈烈的执行难是非跟判决书的说理不足有关？我觉得有一定关系。

尽管如此，我还是觉得你的看法多少有些直线条了。现实中的法律推理要面临十分复杂的情况。举其荦荦大端，作为法律推理的前提的制定法是明确和清楚的么？如果法律条文本身存在着模糊、缺漏，或者由于事前制定，法条滞后，一味地严格适用将导致明显不公平后果的时候，法官该怎么办？他能抛开法律，径直地根据自己对于正义准则的理解判决么？法官运用的是什么逻辑？他与实验室里的科学家之间有区别么？为什么著名的波斯那法官会说“法律总是吸引并奖励那些善于运用非形式逻辑的人们”？还有，不同国家的不同历史文化传统是否对法律推理的样式产生影响？再进一步，法官个人的某种“偏见”是否会影响法律推理？古罗马人把法律定义为“公正与善良的艺术”，请注意是“艺术”而没有说是“科学”，这是意味深长的。我之所以说法官说理问题要放在说服者与被说服者之间考察，就是因为这些问题实在是不简单，需要学术界和司法实务界更深入的研究。

乙：但愿我不是那种简单的直线论者。或许我们不应该偏向一个极端。法律推理不具有科学家在实验中展现的那种确定性，但是也不应该像艺术家的创造物那样充斥着作者的个性。另外，你提到这个问题需要学术界和实务界一起研究，这很必要。我想实务界的研究思路、角度以及方法也许跟学术界应当有所不同。学术界可以很前卫，在纯理论的层面上天马行空，但实务界通常更务实，注重可操作性。这两者都是十分重要的。对了，今天我来，就是要向你推荐出自实务界的一部关于法律推理的著作，作者叫唐文，是湖南省永州市中级人民法院研究室主任。

甲：喔，实务部门的专家这么快就写出了系统的著作，《法官判案如何讲理》，不错，不错，且让我细细读来。

http://chinalawinfo.com/fxsk/YDSG/reviewcontent.asp?fid=14980

上传时间： 2002/4/29 文章来源：北大法律信息网

如何走出“禁放”困境

by 贺卫方

这些年来，鞭炮燃放的禁止或允许已经给我们的社会带来了一种可以称之为“禁放困境”的大难题。猴年伊始，陈永苗先生就在《新京报》上发表文章，建议北京学习温州，设立“放鞭炮区”，让市民有一个行使放鞭炮这一习惯权利的去处。对此，湖南的邓清波先生旗帜鲜明地反对，从四个角度论证必须严格执行禁放法令，根除燃放鞭炮这一“恶俗”。此后又有读者参与讨论，几个回合下来，赞成与反对意见居然呈现出旗鼓相当的格局。看着这些意见，忍不住手痒，也来插嘴谈些自己的看法。

我也不同意陈永苗先生的看法，设“放鞭炮区”并不是一个合理的选择。实际上，近年来随着来自市民的压力，北京市已经在这个问题上有所妥协，那就是把禁放区限制在城区内，而放开了外围区域，并且由官方宣布某些特定区域可以燃放。也就是说，北京是有“放鞭炮区”的。可惜的是，这样的举措没有达到预期的效果，完全无法遏制禁放区里的鞭炮齐鸣。之所以如此，当然有邓清波先生所谓的人们不愿意到远离自家的地方燃放的理由，不过，我希望人们能够注意到这里的立法公平问题。在远离城区的地方设置燃放区，明显地是有利于富人而不利于城区低收入人群的立法——只有有车家庭才可以在大年三十那样公共交通极不便利的时刻到远郊区租屋置酒，并享受“爆竹声中一岁除”的乐趣，城市低收入家庭的权利谁想得到呢？

禁放困境所揭示的更重要的法理问题还在于，立法程序上的民主参与方式一直未得到应有的重视。当今世界，立法应当通过民主的方式进行已经是一种共识。通常人们总愿意把这种民主立法视为人民主权的一个题中应有之义，其实，它的另一种功效也是值得重视的，那就是，人民的参与强化了参与者遵循法律的内心动力。在今天这样的立法时代——有别于那种习惯法和习惯权利占主导地位的时代——民主的立法程序是一种巧妙的说服过程，它让那些参与者以及感觉自己参与了的人们以为法律体现了自己的意志，因此，违反法律的行为几乎可以说是一种自相矛盾：自己反对自己，这在心理学上也是很难给出合理解释的行为。

我们还记得，当年北京出台禁放法律的时候，本是由北京市人大的一些代表们提出议案，并且也经过了表决程序。不过，一个显而易见的事实是，北京市人大代表迄今还不是由选民直接选举产生的。不仅如此，在制定这项法规的时候，为什么要提出这项议案，实施后可能有怎样的弊端，作为一名市民，我没有看到任何较为详尽的论证。不同的意见由于会期等因素的限制没有得到充分的表达，在程序上如何吸纳更广泛的民意以便进行更审慎的立法，也没有得到应有的注意。例如，没有举行过公开的立法听证，我们没有听到诸如鞭炮厂工会主席或经理、民俗学家等发表不同的看法。我们曾经在禁放后的电视上看到某医院的医生高兴地说，自从禁放后医院收治的炸伤眼睛的患者减少了许多。不过，我有些怀疑那种高兴表情是真诚流露。另外，立法在一定程度上也可以是一种试错的过程。立法实施前后的民意状况会发生变化，立法的弊端会随着它的实施而逐渐显示出来。法律应当稳定，但决不可一成不变。从近年来春节期间城区燃放的情况看，或许北京市民今天的民意跟禁放初期的情况已经发生了很大变化。这要求我们的法律也要有所改变，而不是墨守成规，因为违背民意的法律的命运必然是在普遍的抵制中受尽嘲弄，沦为一纸空文。

法律受到嘲弄当然是立法者的悲哀，也是法律人所最不乐于观看的悲剧。“解铃还需系铃人”，走出禁放困境的最好途径绝非设“放鞭炮区”，而是由原来的立法者即人大对于原先的法规进行民主和理性的审议，最好多举办几场由各种利益关联者参与的立法听证，通过电视直播、报章详尽报道等方式，让民众理解不同的利益诉求，理解这部法律中一些具体规范跟自己的关系。与此同时，我们也希望有中立的民意调查机构能够对市民对于禁放与否的态

度进行广泛调查，相关的数据可以成为立法辩论的依据。经过这样的程序，我相信，无论最终立法的结果是完全禁止、局部或者完全解禁，法律都会因为这样的过程而具有更坚实的民主基础，得到更普遍的遵循。同时，政府也可以在这样的过程中把决策风险转移给民众本身——这是市民自己的决定，出现了不利的后果也无从抱怨政府。

鞭炮立法如此，其他立法包括修宪也当如是观。

(原载《新京报》2004 年 1 月 28 日，此处是未删节稿)

上传时间： 2004/1/28 文章来源：作者授权

三六九等说教授

by 贺卫方

以教师定岗定编为基本内容的大学人事制度改革自北大清华两校开始，眼下正逐渐向全国各高校推进。这项高校内部管理改革的一个重要内容便是将所有的教师（实际上也包括职员）的岗位设定为九个等级，教师以其不同等级的岗位领取不同的津贴，年津贴高者五万元，低者三千元。为了减少冗员，另规定１５％的人员得不到岗位，因而也就不享受津贴。

很明显，这项改革具有极好的初衷，即在高校中破除平均主义大锅饭观念，让那些贡献更大的优秀人才能够得到更高的回报，从而激励人们的工作热情，提高我国的高等教育水准。然而，疑惑还是存在的：分级过细是否符合大学教师职业的内在特质，不同等级之间的界限能否在实际的操作过程中相对清晰地分辨，排定座次后是否应当经常再调整，以及再调整的成本是否过于高昂，等等，都是值得研究的问题。

从职业特性上看，大学教师这一职业具有反等级的内在性格。与行政机关与军警单位不同，在大学教师群中，虽然人们相互之间存在着讲师、副教授与教授的头衔区别，但那并不意味着一种行政意义上的上下级关系。副局长是局长的下级，副军长是军长的下级，但副教授却无论如何不是教授的下级。不同头衔的大学教师通常是各自独立地从事非常类似的工作，头衔的差别往往只是教龄长短的标志。显而易见，某些副教授所作出的学术贡献常常要大于某些教授。在这样的情况下，过分等级化的安排，例如，将教授、副教授分作六七个档次，相互之间的收入差距高达三倍以上，效果恐怕不仅不能激发人们的积极性，反而会加剧人们的不公平感和屈辱感。

过细的等级化安排必然带来不同等级之间界限的难以划分。资历深厚、声誉卓著的教授聘一级岗，进入教师队伍不久的博士毕业生聘八级岗，其中分别不难理解。然而，同样是教授，年资差不多，却硬要分出三四个档次，一二级之间，二三级之间的界限到底怎么解说，

怎么让大家心悦诚服地接受，就是一件十分困难的事情。通行的做法是看最近数年甚至一年内所发表的科研成果，在某个层次的刊物上发表论文多者居优势地位。可问题在于，学术创造不同于农民种庄稼，一年两季，定期收获；学者酝酿一篇重要论文可能需要数年的沉寂。假如不巧或不幸这沉寂期正赶上定岗之前，那可真是时运不济，命途多舛了。不仅如此，为防止已经获得高等级岗位的教授裹足不前，相关机构还设置了年度核查制度，如果每年发表的成果量达不到标准，其岗位便要下调。这样的做法只能诱发学术研究的急功近利倾向，从而对学术和教育的长远发展产生负面的影响。

一方面难以厘清界限，另一方面又必须分出三六九等，这不仅加剧了有关决策者的压力，而且人为地制造了教师与决策者以及教师相互之间的猜忌和矛盾，大量的人力物力耗费在成果的甄别、各种因素的考量、申诉的受理以及对不服气者的说服上。为了使这一制度真正起到鼓励竞争的作用，“重新来过”的周期就不能太长，但周期越短，决策成本就越高，结果呢，恕我夸大一点说，必将是一年一度定岗愁，不是杀头，胜似杀头。

实际上，大学合理的人事机制应该是，在选任程序上严格标准，只有符合本校水准的学者才能受聘成为本校教授。一旦聘任，则采“用人不疑”之策，待遇基本一律，至多随年资增长有些许提高。当然，也可以采纳西方某些大学的做法，教授只分校聘（Ｕｎｉｖｅｒｓｉｔｙ　Ｐｒｏｆｅｓｓｏｒ）和院聘（Ｐｒｏｆｅｓｓｏｒ）两种，前者属资深且具有崇高学术声望的少数人，享有较高待遇；后者的待遇则虽然由于学科差别而在不同学院之间有高低之分，但在一个学院之内，则大体一样。

这不又回到大锅饭了么？也许马上就会有人质疑。是的，的确有点像。但是，所谓“疑似之迹，不可不察”，不同机构的大锅饭产生的效果并不一样。与企业相比，大学，尤其是优秀大学，对人的激励机制是别具一格的。能够成为这里的教授本身是极高的荣誉，也是巨大的压力。你会珍惜这样的地位，你要发表高水准的研究成果，校园里学术大师的身影让你感受到学者的尊严和学术的魅力，课堂上学生们期待的目光使得你必须加倍努力。何况做学问本身就有那么大的乐趣呢。相比之下，定岗云云，又何足道哉。

（作者单位：北京大学法学院）

上传时间： 2001/9/15　　文章来源：《南方周末》2000 年 12 月 21 日

善待官员

by 贺卫方

官员腐败是当今我们面临的相当严重的问题。每当某个官员的腐败行为被揭露出来，总是引起公众的义愤，人们常指责这类官员品行恶劣，私而忘公，完全背离了共产党人“为人

民服务"的宗旨，因此对此类害群之马必须除恶务尽。同时，人们也相信，对腐败官员的严厉惩罚可以起到杀鸡儆猴的作用，使其他官员有所畏惧和收敛，使官场充满清正廉洁之风。

不过，我倒想为官员们——包括那些因腐败而受到惩罚的官员们——说几句话。在我看来，在很大程度上，官员的腐败行为屡禁不止的原因不只是个人品行和修养，更在于我们对官员的要求以及给官员设置的制度环境太过苛刻或险恶，使得他们经常不由自主地走向腐败。

当然，我们的确对官员设置了一系列监督机制，例如人民代表大会对行政以及司法官员的监督，便载诸宪法－－人民代表大会是最高权力机关，行使对其他所有国家机关的监督权，并有权通过法律程序罢免官员。但是，人大能否有效地行使这种权力呢？答案恐怕就不那么肯定了。例如，据有关报道，陈希同、王宝森在东窗事发之前，种种腐败行为已经持续有年，而且愈来愈明目张胆，为什么北京市人大从来没有提起罢免程序，甚至连质询这种起码的监督程序都没有进行过呢？

监督机关不仅仅包括人大，实际上对官员的收受贿赂、将国家财富攫为己有的犯罪行为，检察院也负有追究的责任。早在彼得大帝时代的俄罗斯，检察机关就被称为"君主的眼睛"，在我们这里，各级检察院更应当成为"人民的眼睛"，明察秋毫，不容砂子。事实上，我们也经常听到检察机关的官员们表示他们不畏权势，对任何人的犯罪行为都坚决地加以追究。然而，在那么长时间里，检察院对陈王等人并没有行使法律所赋予的独立检察权，而是"睁一只眼，闭一只眼"，或者干脆就是"睁眼瞎"，这是为什么？

还有，各种大众传媒对各种不正当的行为也是应当及时地和毫无保留地加以揭露的，北京市又是各种传媒最集中的地方，既有北京的，又有非北京的。然而，面对如此严重的腐败行为，这些人民的"喉舌"却哑然失声了，不，我要纠正一下，它们没有沉默，陈希同、王宝森们作为领导人在媒体上还频频亮相，时时出彩，而且经常教导各级干部要保持清廉，要大公无私！

如此这般，我们把官员们置于何等境地了呢？各种监督机关的装聋作哑实际上是把官员们往火坑里推呵。在民主体制下，各级政府官员都是人民的公仆，如今仆人偷窃、挥霍主人财产，主人不仅不加以诫责和惩罚，反而不闻不问，甚至勉励有加，这不是爱他们，分明是害他们。说实在话，人性都有其弱点，对权力、财富以及美色的向往是人类的通病，抑制（并非医治，因为这是无法根除的疾病）这种通病的办法不外乎两方面，即内在的对荣誉的追求和外在的对惩罚的恐惧。如今，我们的荣誉机制并没有很好地确立，而监督和惩罚机制又是如此疏于职守，欲使官员们清正廉洁，岂非强人所难？说得难听点，这简直像是引诱犯罪的机制。

我常想，那些因为腐败和犯罪行为败露而身败名裂的官员们的心境如何。他们会心境坦然？"老子这一辈子也辉煌一时，什么都享受过，死而无憾了。"他们也可能愤愤不平："比我更腐败的家伙还在外边逍遥呢，罢了，罢了，算我倒霉。"不过，追悔莫及者恐怕也是有的，他们想的可能是："假如当年我第一次利用职权，将国家的房子无偿送人的时候，报纸就把我揭露出来，或者，检察院马上就设立特别检察官对我进行调查，我何至于弄到今天这步田地？大不了三两年徒刑而已。唉，到如今，自己身首异处事小，连累儿女后人都背黑锅，这是为什么呀！"

往者已矣，来者可追。无论那些已经受到追究的人们怎么想，为了今天仍在位以及未来的官员着想，我们真是应当善待官员，对他们建立严格而有效的监督和惩罚机制，再也不要把他们置于上面所描述的那种危险境地了。

原载《中国青年报》1998 年 11 月 19 日。

附争鸣文章：一位读者：还要怎样善待？

贺先生：

……

读了大作“善待官员”，我有些不同意见，忍不住想跟您讨论一番。

您在文中认为官员不由自主地走向腐败，更大程度上是因为“我们对官员的要求以及给官员设置的制度环境太过苛刻或险恶”。我不懂您在这里为什么会用“苛刻”和“险恶”这两个词，是政治斗争“险恶”吧？至于“苛刻”，如将之用于制度设计，我以为应当用其反义词才对，因为在我看来，中国的官是最好当的，最轻松的了。

您提到人大、检察院以及舆论的监督。首先，现在人大对于政府部门的监督虽然可以说是于宪法有据，然而，假如涉及到的官员属于党的系统，例如市委书记（陈希同被捕于北京市市委书记任上），请问，我国现行法律中哪一条规定了人大监督党委系统的权力保障与程序？在这种情况下，您所要求于人大的是否是勉为其难的事情？

其次，检察机关与法院一样是受同级党委的领导的；被领导者对顶头上司的监督才真正是充满惊险的。陈希同一案的查处如果不是由中纪委和最高检察院亲自领导，恐怕早已不是今日的结局了。试想，陈希同一个电话打过来，检察院的头等要案都不得不受影响，何况要把陈希同本人拿来入罪？

至于舆论监督，那就更是有话要说了。举个例子，又是陈希同的事。陈在位时，某中央大报的一位摄影记者采访一民居火灾现场时，消防队员阻挠拍摄，记者将此过程拍摄下来，其后，记者的照片才冲出来，陈那边的电话已经打了过来。按说这份报纸并非北京市委的机关报，可最后仍是一张图片也发不出来。这就是当时的舆论环境……

我不明白您为什么会提出“善待官员”的命题，实际上，我以为中国社会从来就不曾有“慢待官员”的环境，而只有百姓渴求“善待”的呼声。因为我们这儿官员的身份、权力以及游戏规则从来就是他们自己定的。你我这样的普通人在其中能有多大的作用呢？只有真正的强者（或强权者）才有资格“善待”别人，而在中国，无论如何百姓不能被视为强者，不被鱼肉、不被宰割就该“阿弥陀佛”了。

关键的问题是能通过任用途径使当官的人都是正人君子、守节之士。如果进入官场的人本来就不善，您之“善待”，无疑只能助长其“恶”。

一位读者

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《运送正义的方式》

生机盎然的宪法

by 贺卫方

有的人活着，他已经死了；有的人死了，他还活着。这是一首我不大喜欢的所谓哲理诗，之所以不喜欢，是因为每一个人都有其尊严，人格没有高下之别：在以人为本的观念底下，谁人虽活实死了呢？人道主义画家黄永玉在《罐斋杂记》里画了一幅小老鼠图，题曰"我丑，但我妈喜欢。"那真正是意味深长呢。

不过，这种用于人不适当的诗句，前半截却可以很适当地用到宪法上。某些宪法尽管看起来很威严也很堂皇，但是，其中所承诺的种种却往往无法在现实中兑现，至高无上的地位反衬出的仅仅是束之高阁的悲凉。例如在古典中国，法律的适用就是一个困难的问题。梁启超就批评过："第中国之律例，一成而不易，镂之金石，悬之国门，如斯而已。可行与否，非所问也；有司奉行与否，非所禁也。"

《水浒传》第五十二回，柴进迷信法律："放着明明的条例，和他打官司。"李逵却看得清楚："条例，条例！若还依得，天下不乱了！"有法不依，其弊甚于无法。可是，怎样才能使得宪法和法律具有实际的效果呢？任东来主持撰写的这部《美国宪政历程》给了我们多方面的启示。

任东来教授是一位知名的美国史专家，在美国外交史、中美关系史等学术领域卓有建树。但是，近年来，这位历史学家的学术兴趣却转到了美国宪政史上，按照他自己的说法，没有对美国宪政的研究，就无从深入地解释和评析美国的外交政策和国际关系理论。经过几年的努力，他和几位友人合作推出了这本重要著作。我觉得本书最大的价值就在于，它通过对联邦最高法院在过去两百余年 25 个重大案件的审判的再现，向读者展示了一部形象的美国宪法史。这幅历史图画在细节的刻画上栩栩如生，而评论则从大处着眼，要言不烦，对于相关制度演进的过程及其历史和现实的意蕴给予了深刻的揭示。

观察世界，我们可以看出，不同国家的宪法内容以及结构等容有差异，但是，面临着的问题却是大体一致的，那就是宪政的两大课题：如何对政府的权力加以制约，以免专制的发生，以及怎样切实地保障国民的各种权利不受政府以及其他力量的侵犯。宪政的这两项使命差不多可谓一枚硬币的两面；政府权力不受制约，则民权自然难以保障。在这个意义上说，宪法就是一张规定权力与权利界限的契约纸。可是，正所谓"纸上得来终觉浅"；前面所提及的历史事实表明，起草一部看上去很美的宪法并非难事，纸上的东西如何化作具有活力的规则却是需要切实的努力的。

在政治法律方面，美国人从英国那里继承了许多制度与原则，但是，起草一部书面的宪法，将国家权力之间的关系作出系统的界定，则是美国人的一项创造。

不过，即便有普通法的传统，人们仍然需要付出努力，将纸上的宪法落到实处。

宪法对于三种权力都作了看起来相当平衡的规定，不过，行政权有着相当的民意基础，立法权更是民意代表直接行使的权力，而且它们都可以采取主动姿态，而司法权既非民选产生，又没有人事权和财政权，更不能采取任何主动行动，如此一来，如果稍有"闪失"，则不仅无从平衡其他两权，甚至完全可能沦落为一个打手或"刀把子"的角色，成为专制权力压制人民的帮凶。本书告诉我们，从立国之初，最高法院的大法官们就不断地为自己的独立性进行理性、机智和锲而不舍的抗争。与此同时，他们又通过宪法解释，获得了司法审查的权力，终于使得司法权成为平衡行政以及立法权的重要力量。

这里已经触及到美国宪政最精妙的所在。只有法院才享有对于宪法的终极性的解释权，这样的论证是怎样展开的呢？本书作者通过对马歇尔首席大法官在马伯里诉麦迪逊案的判决意见的分析，通过对于《联邦党人文集》就司法权所作论述的解读，通过对于更为久远的北美殖民地时代乃至英国普通法传统的追溯，生动地显示出一部宪法是如何被激活而对于政府权力具有了蓬勃盎然生命力的。

除了宪法解释以及违宪审查之外，《美国宪政历程》一书所介绍的案例涉及到宪政以及法治建设的方方面面，举凡联邦与州之权力划分、种族平等、新闻自由、刑事案件被告人权利保护、垄断之法律规制等等，都有相当完整的展现。相信本书以及同类著作的出版不仅有助于增进我们对美国宪政的了解，更启发我们寻找中国的宪政之路。当然，要达到这样的效果，这类著作的读者就不能仅仅限于法律工作者了。

上传时间： 2004/5/3 文章来源：新京报 本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

十字路口的法律教育

——北京大学法学院 2005 年新生讲座

by 贺卫方

6：55，贺卫方教授入场（全场掌声），主持人对贺教授进行了简短的介绍。

7：00，贺卫方教授准点开始讲座。（由于技术原因，我们遗失了讲座开头的一些录音，开头一段是笔者的回忆的大意，语义缺失或不通顺之处皆为笔者之误，诚请贺教授和广大网

友原谅。）

我很高兴在这里给大家做这个讲座，特别明天是九月十号教师节。但今天是九月九号，二十九年前的今天是我们伟大领袖毛泽东主席逝世的日子。我还记得那个场景，可能你们不记得。那时有的人听到这个消息当时就昏死过去了，真的昏死过去了。那时我们想，没有领袖了我们怎么办呢？我们那时都认为毛主席不是（普通）人，是神。昨天还在喊毛主席万岁万岁万万岁，怎么今天就去世了呢？

（拿出一张 1976 年 11 月号的人民画报）大家看这是当年天安门广场开追悼会的场景，这是党和国家领导人参加毛主席的遗体告别仪式，大家看这里有一片阴影，没有人，（阴影的）旁边都有人，谁被抹掉了？江青，毛主席的夫人，还有王洪文，姚文元，张春桥四人帮他们。

我当年在美国的时候看到一本书非常好，很想买就是太贵了，50 美元，没有买，现在很后悔，那本书叫做《消失了的人》，讲的是专制国家篡改历史的事情……

我们现在的高等教育体制改革似乎是在做和 50 年代相反的事。我们现在搞院系合并，纷纷组建综合性大学，搞出一些很大的大学。比如过去我们说吉林大学坐落在长春，现在院系合并了，我们说长春坐落在吉林大学。

52 年，53 年院系调整，把北大，清华，辅仁等等的法学院系调整除去组成了北京政法学院，那时的院系调整还把北京大学的医学部分独立出去成立了北京医科大学，当然现在北医回归北大的怀抱了。当年为什么要搞院系调整，把综合大学的各个科系都组建成专业学院呢，在专业学院历史很难培养出有思想的大学生的？是跟苏联学的，因为那时国家的需要是能够熟练掌握一门技术的能够完成上面指派任务的没有思想的工匠，而不是有思想的大学生……而思想家是要有批判精神的……那时唯一的思想家就是我们的伟大领袖毛主席。林彪不是说过，毛主席的话句句是真理，一句顶一万句，整个社会只要领袖在思想就可以了，我们不需要思想……最高权威和最伟大的思想家相结合……。我们北大的老师，也是著名的哲学家梁漱溟作为一个有思想敢说话的人就遭到了这样的命运……。梁漱溟的思想传导毛主席那里，龙颜大怒，你敢批评我毛泽东，不但不给你发言的机会，还要发动人民群众来批判你。在（某届）政协会议上，毛泽东说过现在说梁漱溟比我们共产党人还了解农民，那是不是可以说我毛泽东唱花旦超过梅兰芳，开飞机胜过王海？梁漱溟拍案而起说我请求主席给我一个说话的机会。毛主席一听也怔住了，从没有人敢这么和主席说话。毛主席说我要问问人民，看他们给不给你这个机会。你们可以想象台下是什么那么反应。不给，就是不给！梁漱溟说我就是要看一看毛主席有没有这个雅量？毛主席说我就是没有这个雅量，人民说不给，就是不给……

院系调整以后的法律教育可以称之为政法教育……现在中国政法大学的英文名称是 China

University of Political Science and Law,

而实际上应该是 University of Political Law。

因为那时的法律是从属于政治的，是政治的法律。这是人治而不是法治社会对法律的要求的体现。1952 年院系调整以后中国的法律教育严重萎缩。1948 年法律学大学生占全国大学生人数的 12%，而在 1953 年只占到 2.7%，以后这个比例更加地小。1968 年全国几乎所有的法学院校全部解散，仅有北大和吉大的法学系保留了下来，但也停止了招生。以后几年北大法学系招收了工农兵大学生。工农兵大学生是不用考试的，是推荐的，比如说村干部看你这个小伙子不错，说，唉，你去上大学吧，就这样上大学了。那时候的大学生们在学校里成天搞批林批孔，还要经常下乡或外出学工学农，没有多少时间能用在学问上。可以说建国以来到文化大革命时期的法律教育萎缩是政治哲学的必然结果。

（接下来的部分是原文整理）

记得有一次一个同学偷偷得跟我说，你知道吗，毛主席范过错误。哎呦，五雷轰顶阿。毛主席会犯……我说这太反动了吧？这不能说这话的，不可以说的，我们是那个时代，但在现在我们真的是完全不一样了，那么这个社会转型最大的变化是我们的法律教育，迅猛的蓬勃的如雨后春笋般的茁壮成长，法学成为一个显学，国家不断倡导和创造社会主义民主和法制，文化大革命那一种悲剧让我们痛切感受到党一个国家，完全依赖一个伟大的领袖，而不是依赖一种制度，依赖一种法制，他给这个社会将会带来怎样的灾难，所以我们就需要建章立制，我们就需要不依赖于人。

邓小平说得多么好，好的制度能够让坏人做不了坏事，而坏的制度能够让好人连好事也做不了，大概是这么说的。我的邓小平语录背得不如毛主席语录背得那么熟。那么学习法，建设一个良好的法制，我们很快就意识到，如果没有非常好的法律教育，我们不能够培养出好的高素质的法官检察官律师，定的制度再好是没有用的，因为你只不过是制定了许多看起来很好的法律，甚至我们可以想象，如果没有一个好的法律教育，我们连好的法律都制定不出来，因为制定好的法律是需要专家的，你没有好的法律教育，连好的专家都没有，大家……前一段时间中华人民共和国物权法颁布，你们知道物权法对一个国家的法律是多么的重要。我们的财产是怎么转移的？我们能不能把别人的房子占了，我们占了五十年是不是就会变成我们的？钓鱼岛将来的归属，是怎么个归属法？这可以说多多少少都是物权法的一个范畴。草案公布了征求意见，《新京报》上发表了读者来信说：我们看不懂你们征求我们什么意见？这样的法律太复杂了吧，看上去都像是一些复杂的，专有的，黑社会使用的那些个概念，那些个术语。看都看不懂，我们怎么去提意见。

所以有人说，必须要求这些个法律要通俗化，你们都知道追求通俗化的努力不仅仅是最近，我们这个时代有，拿破仑时代就有。法国的《民法典》，到现在还适用的《民法典》，1804 年颁布生效的《法国民法典》就是拿破仑亲自主持制定的。四大法学家，分别从法国的习惯法地区和成文法地区来的四位著名的法学家主持的一个委员会来制定，拿破仑本人头脑聪慧，过人胆识，没有学过一天的法律，他说你们制定法律的时候最好不要过多地运用那些法言法语，让我看不懂，拿破仑本人主持了 120 多次各种会议中间的 30 多次会议，都是他亲自主持的。因为当时他很关注的条文包括夫妻是否可以协议离婚的条文，因为他当时正在跟约瑟芬想离婚啊。所以由于他的影响，拿破仑法典或者说法国民法典里边规定了可以离婚的一个条款，这是拿破仑留下的的一个历史的印迹。拿破仑说法典要制定的通俗易懂嘛，我们要让法国的农民白天干一天活，晚上在烛光下可以读《民法典》。不需要受过专业的知识，不需要受过专业的训练。每一个法国家庭都至少要有两本书，一本是《圣经》，一本是《民法典》。他非常自豪地说我的伟大不在于领导军队打赢了三十多场战役，滑铁卢一役就使所有这些胜

利黯然失色，使我永垂不朽的是《民法典》，我的《民法典》。他去世以后这法典的名字的确就叫做《拿破仑法典》。就是指这部《民法典》。著名作家司汤达，就是写《红与黑》的那位，他感觉自己的文风有点艰涩，不是特别好，他就每天读一段《民法典》，改进他的文风。《民法典》能够起到这样的作用真是匪夷所思的一件事情。但是同学们，包括大一的同学们，明天应该到图书馆去看一看，不过明天礼拜六了，不知道图书馆开不开。看一看《拿破仑法典》或者是《法国民法典》的中译本，你会看了觉得还是不懂。老百姓还是懂不了，这是一个专门化的事情，这不是说随随便便的就是说在街上抽签儿然后决定谁来制定这个民法典。不可以。所以说没有好的法律教育培养出好的专家，没有这些专家在国会，在议会，或者说在我们的人大里边制定，主导制定法律，我们连好的立法都没有。

更不用说，即便有好的立法到了真正执行司法的过程中间，我们都知道歪嘴和尚念歪了经的这样一个道理。制定的法律好好的，一到了现实生活，一到了案件中间，就不是他了，因为法律是可以被解释，翻手为云覆手为雨的，它符合这个法律条文，但是做出的判决却是不符合这个立法原意立法宗旨的判决。法官在解释法律的时候受到各种各样因素的影响，有的法官说我们要考虑一下法律条文制定的时候立法者的意图是什么，如果是立法者，今年四月份我到美国，跟一个美国教授，一个宪法学教授交流的时候，他说美国的宪法是一部极其糟糕的宪法，如果是当时的制宪者们生活在今天绝对不会制定这么糟糕的一个宪法，当然他是一个很偏激的人。我们要考虑当时制定这样一部法律到底它特定条文的意图是什么？法律专业受到这个因素影响，由于你们知道，立法者在现代不是一个个人，立法者是一个群体，是一帮子人，第五届全国人大，全体代表通过了中华人民共和国宪法的修正案，两千八百，两千九百多人通过了这个修正案，那你怎么去了解他们的意图是什么呢？所以这个意图还搞不清楚，所以有人说，我们要注意的是，当立法意图搞不清楚的时候，我们要注意的是，这样一个语言本在今天人们会，通常会怎样理解，一个法律的概念通常会怎样理解，寻常的理解。我们查一查《新华字典》，我们查一查这个《现代汉语大词典》，第六版，现在出了第六版了吧，看一看现在我们是怎么去理解“郁闷”哪，向这个好多好多的网上的语言，n 次啦，什么叫 n 次啊。那么这个概念到底是什么，寻常含义，所以我们还看到其他一些解释，比较解释啊，这都使得法官，实际的司法者能够在现实生活中对法律的内容进行塑造，不同的法官如果塑造的不一样，我们全国人民适用的法律是一套法律，但是法官理解法律不是一样的理解法律，那么就会导致我们国家法制的状况就会深一脚浅一脚，月朦胧鸟朦胧，你谁也不知道是怎么一回事，打假英雄王海在在不同地方受到的待遇是不一样的，同样的行为，就是指假买假，到底应不应当按照消费者权益保护法第 49 条规定的双倍返还呢？关键在于王海这样的行为算不算是消费者，我们消费者权益保护法的消费者的概念是指什么样的行为？是指我在商店里买一个 mp3 回来自己用还是，嗬，我买一万个回去跟你索赔？到底什么叫消费者，发生了一个很大的问题。

于是全国各地的法官他判决的情况可以说是大相径庭，可以说是千差万别，最后导致了人民在法律面前平等的这样一个权利不存在了，所以我们就意识到法律教育是多么的重要，法制教育在一定程度上是给这个国家法制统一提供保障的非常重要的因素，我们如果不能够法律教育培养出非常优秀的法律家群体，让他们以一种崇高的精神，以一种对正义的追求的的这样一种崇高的精神来去解释法律，来去操作法律，来去判决案件，来去处理纠纷，那么我们就没有办法使这个国家获得一个真正良好的法制。于是小平同志一拍脑门说，我们需要有一百万个律师，然后，你们知道我们国家现在才十万多律师，还没有实现小平同志的夙愿，遗志。还要需要很多好的检察官，法官，但不管怎么说这样一种想法，这样一种努力推动了我们的法律教育，可以说是飞速的发展，迅猛的发展，甚至发展得过头了。

同学们我觉得我们现在面临的一个很大的困境，我们法律教育有很多困境，发展过头是一个很大的困境，很严重的困境，那就是我们培养这么多的人还了得啦？全国法律教育在我读大学的时候，全国那一年，考上法科，法学专业的是 750 多人。当年全国招收法学专业的大学只有北京大学，人民大学，中国政法大学，湖北财经学院法律系，以及西南政法大学，西南政法学院。兄弟就是西南政法学院的本科毕业生，那一年就考到重庆去了，考到西南政法去了，那一年全国只有 700 多人，那一年我们县政法学院招了多少，招了 364 个人，364 个人跟 700 多个人比较，半壁江山。所以我现在我的同学，纷纷占领，1982 年毕业啊，毕业的时候纷纷抢占滩头阵地，最好的有利地形。所以我的同学比方现在团中央第一书记周强，我的同学；最近从中国社会科学院保密局局长调任国家保密局局长的夏勇先生，我的同学；还有很多比方广东省委常委组织部长胡泽君（音）我的同学，都是那届的，鸣地就去占领了就去。哎呀那个时候毕业呀，一个本科毕业，简直就是，就是横走，横走。到哪儿去吧？我们班有一对同学谈恋爱。女的是苏州人，男的是昆明人，然后呢，男的就说是，干脆毕业到昆明去，回昆明。云南的其他的同学说不行坚决不行，你凭什么带一个人来占我们的指标。你们愿意到哪去到哪去，到江苏去，南京不是挺好的吗？结果那个男的没有办法，那个女的说那你跟我到江苏去怎么样？男的说行啊，结果江苏那边的同学不干了，说不行不行不能允许。当时这个回省的指标都比较少，比考的人数要少，当时都是统分，最后学校做工作，说我们照顾人不照顾地方，你们谈恋爱我们理解，马上都要结婚了，所以我们理解你们。所以你们不能到昆明也不能到南京，所以你们就到北京去好了。后来他们就到北京来了，就是照顾人不照顾地方，结果就到北京这个艰苦地方来了。那个时候毕业反赔很好分配，都是最好的单位，都抢着要。

但是现在，你们知道是多少所院校吗？300 多所是前几年的数字，1999 年底是 333 所法律院校招生。现在已经据说五百早超过了，什么学校都有法律系或者法学院，比方说林业大学，你林业大学好好研究林业就行了，不，他一定要成立法律系。农学，农业大学，我们北边不远的地方，中国农业大学法学院成立，哎呀，简直是，一招学生还招不少。航天航空大学，你顶多弄一个航空航天法研究所，空间法呀这个东西是要有点研究，成立法律系，成立法学院，哎呀什么地方的，更多，更多。我去（随便）一个城市里边都有很多法学院，招生规模不断扩大，从本科到硕士，到博士，现在问题出来了。就业难出来了，现在人毕业以后到哪儿去工作——成立个物理系，比方说，不容易，没有器材，没有实验室，你成立不了物理系——（成立）法律系很容易。这些年党史啊招生不景气，科学社会主义没人报，最后那些老师说我们成立个法学系。你，你，一成立就成立起来。现在有不少法律院系里边没有一个科班出身的法学教授，教授一个没有，好不容易有一个副教授是党史出身的，反正党史毕业生也是拿法学文凭这样一种情况，很多人啊，很多学生给我写信，老师啊，我们给骗来了。以为这个学校还可以，一到这个法律系图书没图书，老师没老师。然后，哎，可以教啊，来吧，慢慢学吧。法律这个东西最不被人视为需要一种非常严格的限定的门槛才能进入的学科，你们知道这样的做法仿佛是真正一种成也萧何败也萧何，法制建设的希望在于我们的法律教育，但是毁灭法律教育的也是我们自己。我们最后就是，学法之人如过江之鲫，法学文凭贱如粪土。最后的结果肯定是这样的。而且识别功能很差呀。过去我们说我是名牌的，我是北大的。但是北大这两年也开始扩招啊，现在好一些了，前几年到处办班呀，招了很多学生。那些学生拿到北大文凭的时候还不知道北大的门朝那儿开，以为北大的门朝北开呢。他从来没有到过北大，但是可以拿到北大的文凭。如此这般的搞下去，我们法学教育的危机是非常非常地大的。因为最后的结果——民国的时候就发生过这样的结果——很可怕的，法律教育界自己不懂得节制。自己觉得应该多培养人才，当然经济的动机很明显。因为教育所谓

教育产业化，想方设法把教育视为一种赚钱的方式，最后导致的结果是，法律教育逐渐把自己的身价给贬低了。最后导致了一个巨大的危机，我认为我们在座的 2005 级的同学们你们可能会见证这样一个危机的时刻。当让我想我们招生的规模还比较小，我们北大北大法学院的声誉还有助于你们。也许许多人都出国了，老子不在这呆了。这种情况不少，然后，做律师的人不少，不依赖国家，这是北大毕业生的一个很大的好处。不像清华。（掌声）清华，哎，清华也有它的好处，人家就能够上到那个政治局开会，基本上是清华校友会在那开会，这个满清王朝北大荒。（大笑，掌声）我们说（法律教育面临的）这是一非常大的危机。我觉得现在我们教育界需要奋力自救。奋力自救就是现在国家政府有些他该履行的职责他没有很好的履行，比方说教育行政管理部门，教育部，他应该为每一个设立法律院系的机构必须设立一个门槛，他必须有科班出身的法学教授，比如说有五个法学教授才允许设立法学院系，你必须有法律专业的藏书，至少五万册才允许招生，否则的话不允许招生，不允许，正是教育部应该做的事情。但是我们这个地方，教育教育行政部门教育不该管的事情不好好管，不该管的事情管得太多。比方说在 bbs 上说点话，你也管人家，发点牢骚，人家学生谁不说点牢骚？这就要封杀，把我们的一塔湖图给封杀掉。简直让我怒不可遏。所以，设定严格的入行标准对我们这个行业来说是非常重要的。那么还有一个，我们的法律教育发展到了今天还有一个非常严重的一个专业化的问题，也就是说法律教育必须是一个专业化的教育。

这个问题，你们同学可能关注，知道我经常惹上一点小麻烦。我宣布停止招收硕士生了。所以我从明年开始，我就不再招收法律史专业的硕士生了。然后 6 月 23 号我在网上宣布了这个消息，第二天我就跑到加拿大去开会去了。这个国内的媒体闹翻了天，好多报纸、好多电台啊，什么网络啊，都对这个事情很关注。前边有清华大学的陈丹青教授愤而辞职，后边有贺卫方愤而罢招，（大笑），中国高等教育的双子星座都出了问题啊。然后很多采访啊，当然，我在国外的时候也会经常上网，在网上跟网友们做交流啊，回应一些个批评啊。我自己一个最重要的批评就是我们的研究生教育缺少一种专业化的追求。当然研究生入学考试的专业化和大学生的教育过程其实是有分别的，不一定完全是一回事。我们在大学期间这样一种所谓的专业化教育就是说大学教育的过程要特别注重把人培养成一个良好的法律人，法律职业者。

大家看一看昨天的《南方周末》，《南方周末》的阅读版登的是一篇冯象教授写的一篇文章，写的是一封信，信是写给他的侄子的，宽侄，他的侄子可能叫做冯什么宽。然后讲的就是，他侄子明年要考大学了，（他）给他侄子讲些西塞罗的事情啊，讲一点人的修养问题啊，人的道德追求啊。很有意思的是冯教授认为，你不应该，最好是不要在本科阶段就学法律。在本科啊，你最好是学别的，学历史啊，学语言啊，学哲学阿，学其他的一些东西比方说考古啊。他的意思就是这个意思。可能大一的同学不见得都很熟悉冯象先生吧。冯象先生是很有趣的一个学者，他是一个法学教授，现在在美国，他的本科是云南大学英语系的，研究生是考到北京大学，跟杨周翰教授或者哪个教授，我们英语系的一个非常著名的学者学习古英语。（笑）他的研究生的论文基本上就是一个古代的英文的诗歌，叫《》（不清），翻成中文，这个是很艰难的一件事情。当然，他现在正在干更艰难的一件事情，他在重译《圣经》。（惊叹）《圣经》，他认为现在的译本让他不满意，需要重译。你们知道，这是需要懂希伯来文的，需要懂古希腊文的，这个太不容易了。然后他的研究生毕业以后，考到美国的哈佛大学去做英语方面的博士学位，他又获得了哈佛的英语博士，英国文学博士。博士毕业以后他就考到了耶鲁法学院，（惊叹），读耶鲁法学院的博士学位，所以他也是耶鲁的毕业生，耶鲁的法学毕业生。以后他回来有机会介绍给大家认识认识，跟大家聊一聊他的研究领域，他现在研究知识产权方面的一些问题，工业知识产权，当然还有法理学方面的一些文章。一些非常有趣

的文章，后现代的法学的那种文章，他有一本书是江苏人民出版社出的叫《政法笔记》。冯象先生个人的一个意见是在本科阶段应该学一些人文的东西，到研究生阶段再学法律。诶，他这样的说法当然也有一定的道理。

我也在跟另外的一位学者进行笔战。最近正在上海的《东方早报》上进行来回的"打架"，打笔仗，薛涌。有一位叫薛涌的先生，北大中文系 79 级的毕业生，毕业以后在北京晚报做编辑，做编辑期间就形成了写作方面的一个风格，就是什么东西都写，写得很宽。然后现在在美国的耶鲁大学读博士，耶鲁大学历史系的博士生。他署名有时候署"耶鲁大学历史系博士候选人"。（笑）同时也在波士顿一个 Soffolk

University

做一点助教的工作。薛涌先生对我罢招事件提出了批评。他的批评很有趣，他说贺教授根本不用去关心什么硕士不硕士了，你就从硕士里面选好的博士，你带博士就行了，不需要管硕士的什么事情。然后他说，北大法学院，北大的这样的一个大学的教育，应该注重的是，一个是法学本科的学生一个都不要招，应该向美国学习，应该从其他专业的毕业生招法学的硕士，然后再培养这样的学术化的博士。他认为北大最大的问题就在于它招生招法学专业的本科生。这不对的。然后接下来他认为北大招生过程中还存在一个缺陷就是，对贫穷边远地区关注不够。比方说招生的时候，当然他也没有统计数字，这哥们，信口说得多了，（笑）说是北大缺乏对于贫苦地区的关注。如果偏远的贫苦地区的人民在北京大学里面没有应有的代表性，那么北大将来怎么去培养为农民服务的，为贫苦地区服务的法律人才呢？所以贺教授应该关注这个问题，而不是如何如何说了一通。他很得意地说他是很少数批评贺教授的人。然后我就，谁批评我我就跟谁没完，（大笑），跟他切磋跟他讨论，如何真正去设立合理的教育模式。然后我说，贫苦地区，你的数据在哪儿？你知道北大招生的情况？当然我知道，北大招生里边，贫苦地区的代表是比较少的。比如每年从青海来的同学，我看了一下名单，我觉得比较少。北京大学可能在北京市招生的规模过大。当然，复旦大学６０％的学生来自上海市，以后就叫复旦上海大学得了。北京大学是叫北京大学啊，但北京大学不应该把自己那么大的招生范围放在北京市。我认为比较合理的比例是二十分之一。但我们现在好像不是二十分之一吧。大概是五分之一……哦，十分之一都不到啊？比我想象的要好一些。我就说薛先生，我说你不对啊，你的意思是从贫苦地区来的人自然就能够代表贫苦地区的人民，自然再回去为贫苦地区的人民去服务，我说那是错误的。我说其实，越是从贫苦地区来的人越不愿意回到贫苦地区去。好不容易爬出来了，你再叫人家回去，而且我认为这不公平嘛。人家那偏远的地带，我世世代代生活在那儿，现在凭自己的能力本事考进了北京大学，人家当然有机会来留在大都市里了，然后把自己的父母亲也接来，买一套大房子，发财致富，改变自己家族的命运。我认为这是公平的。因为世世代代人家在那儿，献了青春献子孙，再献下去还了得？（笑）所以我认为这反而是一种公平，不应该叫贫苦地区的人要回到贫苦地区去。我认为这样一杆子把人家打回原型，这是完全不合理的。而且，就不见得城市出生的人就不会为农民服务。我认为历史上领导革命的，往往是富家子弟，而不是穷人。往往穷人不是愿意闹革命，他往往希望能够利用当时的秩序能够发财致富。这是最重要的，他急于发财，所以他最怕乱来。而富家子弟最不怕乱来。所以我觉得这个道理是这样的。另外我觉得非常重要的是，就是说法律教育，我们现阶段的法律教育，可能会有一些缺点。薛涌当然从美国的角度出发。美国的法律教育模式大家知道是从意大利的博罗尼亚大学来的。博罗尼亚大学是人类历史上第一所大学，大概过一些年博罗尼亚大学要庆祝他们的一千年校庆了！（惊叹）那博罗尼亚大学从一开始他们就有他们的法律系。你们知道最早的大学，三个系最重要，神

学系、法律系、医学系。哲学系稍微晚一点点，但差不多算同步的。那么法律学系，当时博罗尼亚大学招生的时候，基本的标准，在当时年龄来说的话，十八九岁的样子。你看这个年龄很小，但中世纪的人，十七八岁、十八九岁就跟我们二十五六岁一样，相当于这个年龄。而且他们已经受到了“七艺”的训练，就是说几何学啊、数学啊、逻辑学啊、诗学啊等等。在当时这个标准来说，他就是一个研究生层次的教育，法律教育。那么后来欧洲大陆的许许多多的大学里边，他们的法律学习呢，过去有过一个传统，就是说一个学法律的人进了大学先学两年的哲学，就是头两年他不学法律的，接下来后两年再学法律。那就是说，你要通过哲学、神学等等方面的理解，来去积累自己理解法律所需要的知识。那么美国是今天这个世界，独一无二的，仍然在恪守着这么一个传统的地方，那就是说法律教育是一个后本科的教育。在欧洲大陆，法律教育就是１８岁高中毕业就上大学学法律。法律专业毕业以后，然后再经过一些司法方面的培训，学徒式的培训，然后进入到做检察官、做法官、做律师这样一个过程。美国的情况不是这样的，美国是本科阶段索性就一个法律学生都没有。学法律的都是从各个学院毕业的学生们。学什么专业的人都有，然后进来再学法律。那这样一种制度到底它的价值在哪儿？它的合理性在哪儿？为什么一个人最好是学了其他专业以后再学法律？如果大家稍微思考一下这个问题的话，可能随便想想也不难理解。首先，法律这样一个专业，它跟社会生活，跟人心的洞察，跟人类的历史有着最紧密的关联。法律的规则调整的人际关系。人，我们应当怎样建立一个更加合理的社会？政府，这样一个机构应当怎样进行一种权利的划分？相互之间权力制约应该怎么构思它？我们在美国的一本著名的著作《联邦党人文集》里一开始就读到了麦迪逊的一段话：我们人类是否可以通过自己的深思熟虑的制度的建构，来去避免人类过去的历史上那种完全靠偶然的因素来决定我们的命运。法律人所面临的就是，用自己的独特的一种思考，用自己对人类历史的一种观察、理解，来构想一种更加合理的制度来对人性恶的地方进行防范，才能够建设一个良好的制度，才能够进行一个良好的司法。

我们都可以看到美国联邦最高法院，哎呀，最近多事之秋啊，还没有怎么到秋天呢。我前天晚上还写了一篇文章《悼念伦奎斯特首席大法官》。我今年４月８号有机会去美国最高法院听他们审理案件。在这以前我从来没有过这种机会。到最高法院参观有过，但只是进去看一看。因为没有赶在审判期，大法官们都不在法庭那儿。我们只是看看这椅子。椅子还不能去坐，他们这个椅子非常神圣，他们这个椅子都是自己搬的。我去看觉得很奇怪，有人椅子高一点，有人椅子矮一点，有的椅子很新，有的椅子很旧。我说九张椅子怎么会这么不一样，他们说都是他们自己带来的。（笑）他们被任命为法官以后自己从家里边带把椅子来。（笑）所以有新有旧，式样也不大一样。所以参观者千万不要去坐他们的椅子。这是很神圣的，私人财产，你不能去坐。不像我们参观法庭，上去一屁股就坐下来了，没事儿。（笑）这次，他们说，“哎呀，今天是最后一天，４月８号，他们明天开始又开始休假了，不上班。下一次开庭就 11 月的第一个周一了。”我说无论如何你们把明天的日程取消掉，我们不搞别的，我一定要去听。结果，听也很简单，你们知道不像中国的中央机构，你要进去那是不可能的，到最高法院去旁听。

我那天到海淀法院去旁听，都费尽九牛一虎……（笑）费尽移山之力吧换一种说法。一会儿检查我的证，一会儿还要把我的证放在那儿抵押呢拿那个旁听证。我就告诉他们，我急呀，那个案子已经开庭了。这个案子起诉的是中国政法大学出版社。他们出版了一套丛书叫《法律人丛书》。然后就是我跟另外一个朋友主编的这套丛书。（笑）它们成被告了。有一个恶意的家伙，这个很有意思啊。有一个人，前些年到国家工商总局注册，注册什么？法律人这三个字！（笑）这三个字我注册，任何在报纸上、电视上、网络上、平面其他的书籍上用

法律人，都有侵犯我的权利。天啊，他真的注册了！工商局给他批了，然后他有了这样一个注册商标。然后，你们知道，法律出版社出版了一本杂志叫《中国法律人》，我是那个杂志的顾问。他说你侵权了，你叫《中国法律人》，有“法律人”啊！哎呀法律出版社很屈辱地跟他签订一个协议说我们可以无偿的为你这个网站做广告——他开办了一个网站。接下来，《法制日报》有一个版面叫做《法律人专刊》，（笑）每个礼拜一次……然后说你侵权了，《法制日报》说：好好好，我侵权了，那你作为我的协办单位吧，我每次下面给你打个广告。就这样的！但这次，我们坚决不能容许这样恶毒的家伙。那天在法庭上，后来我就上了那个法庭了，我有没有资格上去说话啊，我就在旁听席上旁听。然后一会儿，政法大学出版社的代理人说道：请问审判长，这部书的主编之一的贺卫方教授就在旁听席上，关于您问的问题我不是特别了解，能否请他给法庭说一下。审判长是宋鱼水。（惊叹，掌声）我觉得程序很严谨。宋鱼水法官就征求原告说贺教授就在法庭上，如果请他来说明一下有关的情况，你们同意吗？原告方就说：行吧，行吧。（笑）然后我就上去了，我就说，对原告方为传播法律人这个理念做出的努力我感到非常地钦佩的，所以我还是很赞赏你们的做法的；同时呢，我也觉得这样的诉讼是非常的无聊的；我前几天刚刚上了你们的网站看了，我觉得诶有些方面做得还不错，不过我发现我的许多文章被转载在那，而我根本不知道，我保留追究你们法律责任的权力。（大笑）

海淀法院旁听都是那么艰难，但是到了美国联邦最高法院，我是一个外国人。我只是早晨早一点起来，去排队，排队就能进去。然后进去以后，过两道安检，没有人检查我的护照、我的证件。工作人员说过去只有一道安检，现在九一一以后最高法院的安全得到了更多的关注，所以是两道安检。过了两道安检我们就进到了那个大厅里边。将近十点钟还要早点，就坐在那里。我坐的地方特别特殊。他们觉得你是一个外国的教授，所以给你安排了位子，坐在那个有一个大法官他太太的固定席位上。（大笑）美国最高法院的旁听席啊，你们知道，正面这个脸朝法官的旁听席以外，分别在两边都有一些特殊的旁听席。比方说在法官的左手这边头两把椅子是总统和总统夫人的专座，这座位不能随便乱坐的。然后总统旁边是副总统和副总统夫人的专座。然后在他们旁边是，法官家属（的专座），法官的丈夫或者法官的太太。过去都是法官的太太，现在有两个大法官，有一个已经退了，都是丈夫。他们愿意来听审判的时候，他们有固定席位，就坐在这儿，给他们一个礼遇。我就坐在斯卡利亚大法官太太的席位上。（笑）当时没人坐，作为外国客人，就坐到那儿。到十点整的时候灯一关，一下子站起来，一敲法锤，要求大家起立，“美利坚合众国伦奎斯特大法官及其九位（应为 8 位）同事出庭。然后九个人鱼贯而出，在交椅上，太师椅上就坐下来了。中间那个就是著名的伦奎斯特大法官。我一看，他穿着发袍但领带没有打，脖子上缠了好几道的什么东西，（因为）做手术不久，然后甲状腺癌很严重。结果就听两个小时的审理。

伦奎斯特大法官并没有因为自己的疾病而没有很好的思考这个案子，他对这个案子研究得很透。那两个案子很枯燥，涉及到行政权力的问题，涉及到联邦和州的权力划分问题。你们知道这是伦奎斯特本人的专长。他本人创造所谓的“新司法联邦制”。其实司法联邦制就是说对于联邦主义联邦制进行了重新地阐释。他基本的观点是倾向于保护州权的。这是美国保守主义司法官的最典型的特征就是尊重州的权力，扩大州的权力，限制联邦的权力。不让国家有着太多的权力，这是保守主义的特征。我们常常说美国最高法院有自由派的法官，有保守派的法官。不要想象保守派的法官是反对自由的，不是这样的，他们只是对传统的理念有不同的理解。这样一种案件审理的过程真地给人留下很深的印象，伦奎斯特还很幽默，但是我没有听得懂他那幽默的话是什么意思，但是下面美国人都哄堂大笑。真的，幽默有时候真不容易理解。有一个美国的军官给日本的士兵发表讲话，讲了一个笑话，翻译一听这个笑

话就知道翻不出来了。因为有文化意蕴的笑话是很难翻译的。他说：他刚才讲了一个笑话，你们笑一笑就行了。（大笑）别人一笑，我也跟着笑一笑，（笑）笑的时刻把握得不大好，比如说慢半拍。（笑）

我们看得到法庭上齐刷刷的是九个老年人，他们的平均年龄是七十一岁。伦奎斯特大法官已经８０岁，你们知道他是十月一号的生日。他没有活过８１岁，将近８１岁，所以他享年８０岁，８０岁的首席大法官。然后，他不算最大的，还有个８３岁的斯蒂文思。伦奎斯特得了甲状腺癌，去年十月份检查出来的，然后就住院，许多人问他是不是要退休了。他很不高兴地说：我不会退休的，你看着吧，我永远干下去。（笑）当然没有人拿他有办法，８３对的都拿他没办法。结果大家一直企盼的今年会有一个退休的人，期盼的是伦奎斯特，但是最后没有想到的是年近７５岁的奥康纳大法官，宣布退休。奥康纳大法官就在对面的国际交流中心对被大法学院的学生发表过讲话。一个女大法官退休。我是说这样一种裁断人间是非的工作，人们会发现，如果要是不了解人，不了解人类社会，那你就很难去裁断。“法官老的好，律师少的俏”，这是西方的一句谚语。律师年轻点好，法官呢越老越好，越老越值钱。有点像中医，老中医，那挺好。（笑）你想最高法院处理的什么案子啊，布什诉戈尔案。布什先生和戈尔先生对于选举发生的争议产生的诉讼。你说这样的诉讼，如果法庭上作者九个人，平均年龄２３岁。（笑）讲究年轻化，专业化啊，那你没有办法去服人啊。最高法院的法庭，只要这九个人坐在那儿的时候，你就会感觉到一种，太神圣了，这一时刻太庄严了。有些律师啊，第一次到那个法庭上讲话啊，他会出问题，他会吓得说不出话来。这样的一种神圣的一种场景。所以他们最后的判决判戈尔先生败诉，戈尔以副总统之尊最后被判决败诉。戈尔说我非常讨厌、反感最高法院这个判决，但是我必须尊重这个判决。所以戈尔先生就回家去，该干吗干吗去了。回家去不当副总统，戈尔先生有一段时间整天喝酒。郁闷啊，这个案子就是法院判决使得布什当了总统，他就没当上。几百票的差距到底怎么回事还搞不清楚，所以他心里边很不好受。后来朋友们劝，最后才稍微好一点。别人问他，不当副总统了怎么样？他说：不当副总统太好了，终于礼拜六礼拜天可以在自己家里面过了；当然也有不好的地方，就是其它时间也在自己家里过了。（大笑）

判决这样的案件，司法如果没有极高的尊容的话，那如何让人们服从？所以年龄也许是使得人具有尊荣的非常重要的方面。像伦奎斯特先生，是业余历史学家，我发觉写悼念文章的人写过他是位业余历史学家。业余历史学家就是不是专业搞历史，但是历史研究还是很精湛的。他对人类的辩证史有很深刻的洞察。看他判断案件的时候，动辄就从英国的历史开始讲起：英国的王权与地方权力怎么去切割的。所以他的一种知识，对人的一种观察和理解，对人类社会的观察和理解，是非常深刻的。这是需要年龄的。

法官们需要这样一种年龄、年资，那么学法律的人是不是也需要某种年资上的要求呢？我们学法律，同学们现在可能已经开始上课了吧？大一的同学，上法理学，哇，法理学说的什么东西啊。（笑）有一个同学跟我说：老师，我们每一句话都看得懂，没有生字，但是我们不理解这是什么意思。其实，一部法理学的背后有着漫长的一种知识的历史，每一个重要概念都有着一个非常复杂的背景。而这样的一种背景我们不理解的话，我们如何去很好的理解法理学？刑法——最近呢，我在准备，事实上已经开始在不同地方发表演讲，希望能够彻底废除死刑，从现在开始，彻底、无条件、立即废除死刑。我正在做这样的呼吁。在湖南大学啊，还在西安的一个法院啊，正在做这样的事情就是到处去宣扬，为什么应当废除死刑。我们知道死刑的问题是一个刑法的问题。大家学刑法问题一定要学习死刑，而为什么要判决一个人死刑？他杀了人啊，杀了人要偿命啊。杀人偿命、欠债还钱，天经地义。那么现在我

们作为学法律的人就不能（仅仅）有那么朴素的观念了，否则的话你跟刘邦都是一个级别了。（笑）“杀人者死，伤人及盗抵罪”啊！我们要仔细得去思考，死刑到底会带来怎样的问题。比方说我们要研究一下，人类历史上死刑是否足以遏制其他的犯罪，死刑是否足以让其他人的人不再去杀人了。诶，也许同学们看过加缪的小说，加缪的《局外人》，加缪的一篇很长的文章，不是小说，叫《对断头台的思考》。法国的那位著名的作家在那个小说（应为文章）里面告诉我们，英国做过统计，许多被判处死刑的人，他们进行调查说“你以前看没看过执行死刑的场面”。百分之六十以上的人说“看过”，还有好多人说，看过三四次了（笑），已经看得觉得很习惯了。那到底能不能遏制犯罪？而且死刑的存在是否更加鼓励了犯罪？也就是说，当有死刑的时候我们杀一个人是死刑，那我们杀两个，岂不是要赚一个吗？大不了就是一个人死，所以死刑是不是在鼓励犯罪？孟德斯鸠讲，当一个地方，盗窃１０块钱和谋杀国王都是判死刑的话，大家都去谋杀国王。那多大的利益啊，风险差不多嘛，收益大（笑）！

那么我们还可以看到，我们现有的司法制度，包括人类现有的司法制度，是否可能避免错判，错判死刑，错杀人。河北省石家庄郊区有一位叫聂树斌的先生。聂树斌先生十年前被错杀了。但这个案子现在有点受到地方政府，地方有关部门的压制，最后不允许报道。我们现在看报纸上没有对聂树斌案件的报道。跟佘祥林不同，佘祥林没死，所以可以报道，可以媒体那么报。聂树斌先生已经死了，在河南郑州抓到一个叫刘学军或是什么。他交待，他是河北人跑到郑州去，说：我十一年前在石家庄郊区某个地方强奸和杀害了一名妇女。河南警方马上打电话给河北警方说破了一个大案啊。这边说：什么大案不大案啊，我们查了一下，十年前犯罪人已经被我们执行死刑了。难道这是偶然的吗？这是必然的！这就是说，即使我们这个制度是设计非常良好的，就像西方国家，法制发达国家的一些制度，我们仍然不能够避免错杀。更不用说我们国家刑讯逼供是如此的普遍。当一个地方发生了案件以后，有关部门施加很大的压力，所谓限期破案。限期破案了以后，某些人就要升迁啊，弹冠相庆，如果不限期破案的话，政绩上就会受到影响。那这样的压力之下，刑讯逼供就变成了一种必然。法国著名的作家蒙田讲：刑讯逼供不足以揭示案件事实的真相，只能够考察一个人的忍耐力。（笑）能忍的人不说实话，不能忍的人说的不是实话。“能忍者不吐实，不能忍者吐不实。”这样的情况，你们知道，不打如何肯招的一种司法哲学，导致的结果必然是相当多比例的冤案。那发生了冤案我们不可以说——你别的事情都可以说，就好像大学里边的工作，９０％以上是做得不错的，１０％是做的有问题，这是可以的——但你不能说我们今年杀了一百个人，９０个人正确的，那十个人是错杀的，所以成绩是主要的啊。（大笑）天啊，你把人给错杀了！将会带来怎样的一种灾难！这是双倍的错误。你错杀了无辜的人而往往放纵了那个真正有罪的人。这是一个１＋１＝２的问题，这怎么可以说是……我们少数错杀，不可避免的，我们就保留死刑。不，我们宁愿放纵一千，决不错杀一个。所以我的观点是立即无条件废除死刑。

而且执行死刑的场景是对人的尊严的一种极大的亵渎和羞辱。西方国家执行死刑通常都早晨告诉人：早晨七点钟起床，然后跟你说，今天准备一下啊，一会儿就要执行死刑了。你知道我们国家吗？我们国家是头天晚上（笑）。天啊，头天晚上就告诉你，今晚想吃点什么，明天就差不多了啊，想吃什么给什么。但想喝酒不给酒喝，这是规则。想抽烟，抽什么好烟都给。哪吃得下去啊？！对绝大多数人，当然，也有这样的人，砍头只当风吹帽，有江姐这样的革命风范，（笑）许云峰啊什么都是这样的。那真是，死算什么，这种人是有的。但是绝大多数人经不起第二天就要死的这种……这简直是一种太大的折磨。而且这个折磨不是这个时候开始的。一般别人在街上杀一个人，一刀捅过去，你来不及恐惧就死掉了。这就是平常杀人的常见场景：一枪打过去，死了。但国家要杀起人来，那程序复杂得很。（笑）判处

死刑，立即执行，根本不是当法庭就嘭一枪就毙了，（笑）那就痛快了。但是不让你这么痛快地死，它叫你上诉，它给你保留一线希望。你上诉，上诉半天，大牢里面脚镣手铐戴的，哎呀，折磨啊。最后一点希望没有了，就告诉你第二天要死了。人们观察的结果：有些人眼睛看着天花板，一句话也不说，什么吃饭不吃饭；有些人老是在那儿哭啊，哎呀，恨不得下一辈子的伤心事都给哭出来；一些人一下子精神就完全崩溃了，第二天要死了。德国存在主义哲学说：对死亡的恐惧是一切艺术创造的源泉。（笑）我们对死亡是潜在恐惧。我们知道我们总有一死，所以我们要想方设法在历史上留下我们的痕迹。这是他们存在主义哲学。但是他这个死法不一样啊，它是非自然死亡，一枪给你打死。熬到第二天早晨，有些人一夜没有合眼。第二天有关人员来会给你裤管下面给扎住。为什么？大小便有些人完全失禁；有些人真正就是拖着走。然后还要到一个地方。有土丘，土丘前面要有一个，怕伤到别人。两个警察在旁边架着，中间一个人拿着一个步枪，这样（做端枪状，笑），冲锋枪，我对枪没有研究。（笑）你说一枪打死也好，还有些人一枪就打不死人。有一个人执行死刑，一枪没打死他回过头来说：小子诶，准点儿诶！（大笑）结果那个执行死刑的人一下子躺倒在地上，差不多死过去了。我想，这样一种折磨。你说是一个人杀了另外一个人，你要他偿命，他要偿多少条命？！我觉得国家对于要被执行死刑的人枪毙的这样的过程，实在是让人觉得太可怕，所以我说要废除死刑。

那你需要有一种对死亡这个事情的理解，这个理解还是需要有一点年龄上的要求。比方说，少年得志，刚刚考上北大，跟死差的哪，太远了，也不愿意去理解死亡这个问题。像我这个年龄，就愿意去思考一下，死亡的问题了。就想象一下，去设身处地想一下被判决的人它们自身的一种心态，他们的一种焦虑，他们的一种尊严。当然还有其他的原因我不想展开来说。我认为，我们要理解刑法上的死刑，我们需要一定的社会阅历，需要一定的对人身本身的体悟。这使得美国的制度看上去要更加合理一些。那么我们现在面临的一个很大的违纪问题在于，我们能不能转到美国那个制度。日本现在法律教育正在转。也就是说日本现在有几十所大学，它们不再招收本科法律专业的学生。那就是说，它们办所谓的大学院，法学大学院，招收学其他专业的人。我们国家早在１９９５年就开始了另外的一个实践。招收，那就是ＪＭ，Ｊ就是法律硕士，招收法律硕士来培养人才。法律硕士本身出身于其他的专业，有些人学会计的，有人学冶金的，钢铁的，有人学爆炸的（笑），什么专业的都有，然后来学法律。我们国家现在的问题在于，把这几个层次的，不同类型的法律教育都在一块儿了，同时并存。而其他的国家像日本，马上就开始大规模的减少法学本科的人数。也就是说要走美国式的模式。

那么，我们没有。我们现在正在扩招呢。法学硕士继续大规模的搞；法律硕士，现在又有３０多个学校有权力招收法律硕士。法律硕士而且，全国是进行统考，各个学校录取的分数好像不大一样，收费比较高。所以学校非常愿意去招收更多的法律硕士，以便收取更多的学费，然后教师们有奖金发。法学院盖大楼也有钱，当然我们的大楼跟这个没关系了（笑）。那么，结果这几个东西并存在一起，就会出现问题。我们又出现了一个法学教育方面整合不足的问题。最后导致的是一个非常可怕的混乱那就是，各种各样的项目在中国都能够发现，但没有一个项目成为我们法学教育的主流。世界各个国家的法律教育，法制发达国家的法律教育，它都有一个主流学位。法国的、德国的都是法学本科生。一个想当法官的人不需要想象再去堵一个硕士、博士。在德国，教育如此发达的国家，在法国，教育如此发达的国家，他们不需要想象我们还要去考一个什么博士。当法官么、律师、当检察官，我一个本科学位足矣。读博士干吗？博士是给少数做学问的人（读的）。在巴黎大学，在柏林大学当教授的人才去读博士。其他的人不需要。美国的法律教育，它那个ＪＤ。从其他的专业考到法学院，

经过三年的学习获得的那个文凭叫ＪＤ。以前也叫法律硕士，后来他们说本科以后再读三年叫硕士显得低了点，就叫博士吧，多好听啊。ＪＤ，然后就一下子Ｄ到了今天了。那么法律教育是以ＪＤ为主流的。它们有硕士，但是他们的硕士招生可能就是那些个最好的大学才招一点硕士，而且那些说是基本上都面向外国人的。我们这儿的许多毕业生就到那儿去读一个硕士，读完硕士，这叫“老流氓”，LLM。这个学位只有一年的时间。然后许多是外国来的人去了解美国的法律教育，去读一年的“老流氓”。然后就毕业，毕业以后呢有些人再转成 JD，转成 JD 以后，这一年就算是 JD 的一年，然后再接着读 JD 的两年就可以了。也有不少人读完老流氓就回来了。所以现在中国许多外资所里边，许多人的文凭都是 LLM。数量很少，根本构不成美国法律教育的主流。然后博士，美国法学院还有一个学术化的博士。有些学校，哈佛法学院叫 SJD，耶鲁法学院叫 JSD，反正他们两家总是不大一样，各具特色。这个就是真正的法学博士，我们可以翻成法律科学博士。这个博士是纯粹学术的。哈佛大学每年招这样的一个 SJD\JSD 大概也就是三五个人而已。他们真正是走学术的道路而且大多数本国的学者也不读这个学位。本国的学者读一个 JD，然后就可以做法律事务。做法律事务，发表一些文章，他们逐渐就成为法学的副教授、教授，这么升上来的。

所以我们现在……听说过北京有一个司法学校吗？司法职业高中吗？高中就有司法专业，一直到博士后。从高中到博士后，无比多的层次，n 多的层次。一个硕士，法律硕士、法学硕士，你也搞不清楚他法律硕士法学硕士到底有什么区别，教育过程也没什么区别。有些老师说给法律硕士讲课很费劲，因为法律硕士没有学过法律，跟这个法学本科，大家读了四年后再考硕士不一样。你们已经有 4 年的基础了。但是人家没有读本科，本科不是读的法律，人家读的是爆炸专业（笑），你还老是说我们来讨论一下法律问题，结果同学们反应不是那么积极。老师就说，你看看，这法律硕士不成嘛。因为我们的教师本身，他们也不是说的是法律硕士出身，他本身就不是复合型的人才。

所以我自己有一个郑重的主张：我们从现在开始应该大规模的减少我们的法学本科和法学硕士的招生。我觉得如果要是更多的老师像我一样停招法学硕士的话，可能对我们是一件好事情，那么大规模的减少法学本科，基本上要扭转整个的法律教育这样一个模式，我认为这可能会成为一个趋势，那么说到法学教育过程中间这样一种非常专业化的追求，我还要强调的是，我们今天这样一个本科结构下的法律教育可能存在的一个很大的困难就是，一方面我们要培养法律人，我们要让诸位经过四年的学习成为一个对各个案件，对民事的，刑事的，商事的，知识产权的，这类的案件都能过作很好的分析和很好的判断，你们是个很好的法律人，但是与此同时呢，你们还要成为一个有高度的知识修养的，不辜负在这样一所大学受高等教育的名号的知识很全面的人才，一个博雅之士。我们有一个塔叫博雅塔。哈哈，这个一塌糊涂，那个就是塔。一塌糊涂，你们都知道这个典故。那么博雅之士是什么意思？那就是对人类古往今来高层次的知识要有一种把握，要有一种理解。美国有一位法官，非常著名的法官，叫汉德法官，他被誉为是美国联邦最高法院的第十位大法官，因为他活着的时候一直没有机会被任命为最高法院的大法官，但是许多人都认为他比当时代在最高法院席上的那几个人水平都高，这位法官，汉德法官他给学法律的人，搞法律的人提出了一张书单。学法律的人，搞法律的人应当读的书绝对不仅仅是法律著作而已。你要读许多其他的著作，他从修昔底德，古希腊的著名哲学家，伯罗奔尼撒战争史的作者。到普鲁塔克，柏拉图，亚里士多德，苏格拉底——苏格拉底就是柏拉图了——因为苏格拉底没有单独的著作，古希腊的悲剧，素福克勒斯，我们朱苏力院长最近写了一篇文章，就是探讨素福克勒斯的悲剧的一种法律意义。一直开到晚近的莎士比亚呀，这个伏尔泰啊，托斯托耶夫斯基啊，卡夫卡啊——卡夫卡关于诉讼，关于审判有专门的小说——你要理解这些东西。这些东西是你对人生人类社会的

理解的一个非常重要的基础。人怎么去理解人的历史、人的社会。并不是说在家里边空想就能够想得出的。你要阅读，但是我们仅仅是 4 年这样的时间，太紧张了。

最可恶的是，我们有许多的课程积压了我们的专业时间和我们的……比方说毛概。（掌声）我有一个朋友在广东教书，他告诉我说他儿子考到香港了，考到港大。我说香港大学没有北大好吧？他说北大好，你知道我为什么让我孩子考到香港大学，因为他不需要学政治。考到港大的学生不需要学那些破烂的根本没有价值的，但还逼着你不得不学的那些个滥课程！（掌声）我们这样的课程由于——它形成了它的利益集团了。你们知道，为什么这些课程大家明明知道问题很严重，明明知道挤压了我们应该学习的真正的课程的时间，但是改不了。是因为现在事实上已经形成这样一个利益集团那就是说这个领域中间的这些学者，在拼命的维护他们的领地并且拓展他们的领地。他们的拓展能力很强，因为这是伴随着国家领导人的权力而拓展的。领导人换一届就多了一个新的理论。就像我们的宪法序言不断的增加学术标签一样，马克思主义后面有列宁主义，列宁主义后面有毛泽东思想，毛泽东思想后面有邓小平理论，邓小平理论后面有三个代表。三个代表后面胡锦涛，胡锦涛恐怕就叫做胡锦涛学说，也不大好，叫“胡说”。（大笑，掌声）你知道，北大当年率先在高校开设邓小平理论课。你知道，一提出来，没有人可以反对。你吃豹子胆了你，你敢说不该开邓小平理论课？（笑）那是……北大赶快开！全国做一个示范。然后全国各个大学都必须开。现在“三个代表”又进课堂了。无限制这么扩张啊！他们就像某种特殊的细胞一样，分裂起来特别快（笑），很快就扩散了。

所以我认为这是我们面临的一个很大的问题就是说我们现在没有办法抵御这样的东西就是说，我最多……我过去还是北京大学本科教育发展战略小组成员，一些不同科系的老师组成。我就说我们最好不要这样亵渎邓小平理论。我说课程表你看多滑稽嘛，上面是“司法精神病学”，（笑）下面是“犯罪学”，夹在中间是“邓小平理论”。（大笑）我说这是对邓小平理论的亵渎。我认为邓小平理论不应该成为一个课程，他应该是比课程更高的东西，他应该放在同学们的枕边，每天晚上睡觉前读一段（笑）。这个就行了，这不需要开设这一门课程。当然，他们都知道我的用途，用意是什么，所以笑而不答，推动不了这个事情。我们这样一个所谓的世界一流大学，要追求世界一流大学。如果不能把这样的课程真正的排斥出我们的课程表，如果不能在这个教育学术制度的各个方面真正体现出我们学术的追求，还建世界一流大学啊？我说，等黄河清吧。

有一次开座谈会，就在这个屋子开座谈会。学校领导来，听大家对于建设世界一流大学的一种看法，怎么建设世界一流大学。我发言说，我对世界一流大学怎么建设并不是特别的有研究，当然有一点观察上的感受。我只是有一个感受特别强烈，就是从经验的角度来说，我到过世界上不少世界一流大学，我发现世界一流大学至少迄今为止是有一个共同性的，一个共同特点。这个特点跟我们很不一样。就是我没有看到一个世界一流大学里边有党委！（掌声）当然我们不能排除今后，经验总是局限的。我没有看到所有的世界一流大学，但我看到的都是这样的情况。那我们是不是有创造性呢？事实上这样一种教育管理管理体制和学术制度实在是无法使我真正朝向建设一所的世界一流大学的。所以我们面临很大的困难。

那么我们说在专业的训练方面，我们还面临着一些个更复杂的困难。这个困难就是说，美国法学院你们知道，学生入学以后会有一种被改造的一个过程。法学院的学生入学，跟你们一样，都有一种天之骄子的感觉。这时候，你如何把一个法学院的学生逐渐地被体制化。体制化是什么意思，你们记得《肖申克救赎》。《肖申克救赎》里面有一个在监狱里面待了十

几年的人，被体制化了。体制化了他出不去了，他出去就觉得怎么，反而他不自由了。他的自由是建立在被监禁的一个小的空间里边，他觉得太愉快了，太舒服了。所以，这就是体制化。美国的法学院，就要想方设法的把人给体制化。把那些个天之骄子的模样的人，让你感觉到，法学院真的是不一样。有一个作者写过一本书叫《疯人院》，就是说。疯人院也经常做这样的事情。比如，进了疯人院以后，你就逐渐的知道自己真正是一个疯子了。进去的人不觉得自己是疯子啊。（笑）进疯人院的时候说：我怎么会是疯子？你们才是疯子呢！外边人都是疯子！他进去的时候疯人院有一系列的方式，让一个人逐渐地感觉到自己真的是一个疯子。（笑）要给大家剃一样的头。本来外边的世界大家的头都不一样，一进了疯人院你的头发就被剃成了固定模式，穿一样的服装，这个服装很怪异的都跟外人不一样的然后把你的所有的物件给没收，你的其他的物件有特色的物件都给没收，唉，你逐渐就一样了。这对你也是一个下马威逐渐你就感觉到慢慢慢慢引导成一个疯子了，法律教育也是这样，也是这样。

美国法律教育面临更大困难的是他们在大学教育阶段已经受过教育了，有些人我刚才说冯象教授它本身已经是博士了，已经是博士了。而且还不只是一两个博士，又是一个半里边你一看，我有一次到哈佛大学法学院，去做访问学者，那一届有一个 JD 的学生，你一看那 55 多岁左右的吧。我就问他你是怎么回事？他说我是一个博士爱好者，我就喜欢追求博士，没有别的爱好。所以一辈子就读吧（笑）50 多岁的人来到法学院读博士。然后，那你怎么去训诫，你怎么能够去在课堂上想方设法的让一个人感觉到呦法学这门知识真的不一样。比方说要关闭自己的朴素的正直的的道德的和自然的感情之门。你不要以为你那，以为，这样处理对……怎么了？这样处理对人的尊严是一种侵犯，我请问你，什么叫尊严，哎呦，美国的教育是所谓的苏格拉底式的教育。苏格拉底就是一个疯疯颠颠的人在街上老是就是遇到一个人就问他你告诉我什么叫正义，我真的不理解，然后对方回答说什么叫正义，各得其所不就是正义吗?苏格拉底说啊呀，各得其所，你真有知识，那疯子有了自己的枪也叫做正义啦？他就给你来这样不断的追究，法学教育正直这样一种教育，他羞辱你，美国法学院老师讲课不像我们法学院老师讲课，大家随便坐，愿意听就听，不愿意就可以打瞌睡，不行的，有时候老师，实际上每个老师的课堂都要求学生固定座位，固定座位以后他前面有一个板，他每个学生的名字都记在上面，这各位子和名字相对应的，便于叫名字，便于叫名字。然后，有些人所以久了就可以熟悉，所以他就可以不用这个板儿了，有些老师记忆力不大好的，还弄得很夸张，那个板做得很大，然后叫名字，啊，约翰你今天说一说这个问题，明明知道看这个眼神游移不定就知道他没有准备好，这就得点他，点他，点他回答不出来以后点你旁边的人，知道你们俩是一个宿舍的，这叫株连政策（笑）想方设法然你感到，而且大庭广众之下，这个东西一下子回答不出来啊，会一下子，所有人的眼神会一下子投向你。那一刻啊你满脸通红非常不安，但是其他的人马上就举手了，讨好老师，讨好老师，你看，被体制化了。所以慢慢的就想方设法的揣摩老师的意图，通过研究，当然通过大量的研究，研究司法方面的一些理论，大量的判例，那么，鼓励那种回答是正确的，然后，有些美国的学生说啊，法学院的教育是非常不人道的，而且是非常的男性化的，非常的富于攻击性的，他就鼓励你去攻击别人，鼓励你去讲，律师嘛，律师要在法庭上你不能够温良恭俭让，哎呀，含情脉脉的看着你（笑）那不行的。

有一位女同学，哈佛大学，哈佛法学院的女同学，说被老师叫起来的某些感受，真的你那一刻就感觉到你的衣裳被扒光了的那种感觉。就是被脱得光光的站在众人面前一样一种羞辱感。第一次被羞辱以后回去发奋努力用功，然后逐渐就上套了。然后就逐渐这样的问题，刚入学的时候，老师问大家，为什么要学法律呀？为正义，到了毕业聚会的时候，没有一个人在说是为正义了。坏的问题吗？坏的结果吗？也许不是我们从美国社会，法律职业对社会

的改造，对社会的塑造来说不见得是很坏的一个结果。可能是很好的一个结果，因为他们的法律人很成功地把他们的社会变成一个法治的社会。也就是说他们对正义的理解不再像入学时那样简单，他们知道正义是非常复杂的一种利益平衡，他们知道现代社会中建有许多同样的正当的利益会发生冲突，这个时候你如何去进行一种复杂的判断。这是美国式的法律教育的特点，它不需要再去考虑，你们看美国法学院的课程表，所有的除了法律还是法律，民事诉讼法，学一年半，宪法学一整年，那个宪法非常非常的复杂，所以，脑子都装满了，还……到法庭上去，就变得非常具有一种律师的样子，thinking

like a lawyer 像律师一样的思考问题，学会了，美国法律教的特点就是这样。

我们这儿，法律教育是什么样？大陆式的法律教育，大陆式的法律教育就是一种比较宽泛的理论化的东西，以为你们是高中毕业生，高中毕业生刚刚毕业以后搞这种非常实务化的训练，最后会导致一个结果是可能一下被引导错了，欧洲大陆，德国、法国、日本和我国的台湾法律教育可能都会偏向一个比较宽泛的理论，跟这个现象相适应的是法学院的毕业生并不是每个人都去做律师法官检察官，他们可能去做一些个政府里面的雇员，公司里边的高级雇员，还有撒贝宁也是法律系的毕业生，法学院的毕业生，去做新闻工作者，去做主持人，还有不少人去做作家，比方说吧这个，这个卡夫卡，本身就是学法律出身的，有些人去做音乐家比方说门德尔松，就是学法律出身的去做音乐家，比方说，有些人去做革命家，比方说列宁，就是学法律出身的。所以欧洲大陆式的法律教育也许他要培养的人是多方面的。德国的一位著名的比较法学家斯维格特在他的一本著作里头说，法国的这样一种法律教育看起来非常的宽泛，他培养一种人的最基本的法律的观念，法律的历史，法律的概念，它似乎是为每一个社会成员在提供一种最基本的法律的概念。这样的一个好处是它真的能够影响到社会成员的一种思考方式，德雷夫斯事件的时候就是说法国著名作家左拉在《曙光报》上发表一篇文章叫《我控诉》，《我控诉》，我控诉就是法国的律师们的常用的一种语言。写出来的一篇非常漂亮的文章，那么，代价，代价是什么？代价这样的一种法律教育必须得有其他的方式去弥补，也就是说他太宽泛了。它不足以让一个人真正具有法律职业所需要的那样一种技能，所以这就一点都不奇怪的是在法国，在德国，在日本，一个人通过法学本科教育以后，通过司法考试以后面都必须在经过一个学徒似的，两年左右的培训，这两年时间里你仍然是教育，但这个教育是有法律事务的人是来担任这样的角色，所以我们现在像是一种各种各样的问题呀集中在一起。我不想给你们 05 记得刚入学的同学带来太多的一种不大好的信息，或者说影响你们的，比如说早知如此，我到历史系去，那样的高分，到历史去太容易了啊，我要说你们的选择仍然是正确的，也就是说，学习法律，在本科阶段就需习法律，我特别诚恳地说你们不要在法律方面投入太大的精力，还是要拿出相当的的精力投入在文学的，神学的，历史的这些个知识的方面，一种涉猎，一种塑造。我感觉现在的本科教育给我们的感受就是现在的本科教育越来越变成一种初级教育了，就是说好像是位硕士生阶段做准备的一给教育，越来越多的人觉得我们还应该读一个硕士学位，或者出国去留学读一个博士，所以我想对于一个学生来讲非常重要的是在这一个阶段要有一个非常长远的规划，有些知识是有时间性的，有一些知识的吸取是有时间性的，过了这个时间就没有办法，比方说我拿着这个东西（毛主席语录）给大家看就是说明我的知识的汲取是在那个时间的一种局限。我们在最适合读书的黄金时代，我们在最适合读唐诗宋词啊，读一点个什么史记呀的时候，我们天天读毛主席语录。所以到现在你想让我说唐诗宋词，哎呀，所以后来到大学的时候我想恶补一下，有时候感觉别人谈恋爱都能成功，就是有时候说几句唐诗宋词，就成了，（笑）自己很自卑，很懊恼，也开始下功夫读一读，不成，读不了，已经背不下来了。

所以大学期间以一个人哪，我认为可以引用约翰逊博士的话，一个人最关键的年龄段就是 18 岁到 24 岁这个时间，这个时间对于知识的塑造，当然人格上的形成也许更早一些，但是这个时间对于知识方面，何止是影响一个人的品位，一个人的品位，我觉得这一个期间是非常重要的，所以我想大家，到了这样一所学校，我相信你们真的是应该感到自豪的是这个学校是中国条件最好的学校，人文环境最美好的学校，在这个学校里边你经常可以看到一些个背影，已经略显驼背的那个样子的老辈学者，你一问，他的名字吓死你，当然有许多人都不在了，都去世了，新的驼背者还没有太多的形成。（笑）你可以在亚洲大学最好的图书馆里边，在知识的海洋里边游泳，搏击，当然最好别刮起什么飓风，那很可怕。你可以在这样一个，我们马上搬进去的新的法学楼里边，能够得到最好的便利，能够得到最好的学术设施，能够伴随你的学习过程，我相信，自强不息，许多事情还是在自己个人的努力，你们随着时间的推移你们就会发现这个地方的缺点非常的多，我自己最近看了一些个关于中国三四十年代的大学教育的书籍，和回忆录，我感叹，我说我们离那个时候的差距甚远，我作为一个老师，我看了一本回忆录之后，我觉得我不是一个好老师。我非常惭愧我离那个时候那些个大师的距离太远。我们现在西方人讲到“to

teach is to learn

twice”中国人讲的是教学相长，但是西方人讲得更是，教是学的第二遍，

我也是跟无论是05级的本科生还是05级的法律硕士还是其他的朋友我们一块儿去学习，一块儿去学习怎么成为个好的学者，怎么去成为一个好的法律人，同时也一块儿呢伴随着你们成长，当然了，你们伴随着我们成长，我们伴随着你们年轻。好，谢谢大家（热烈掌声）

我们呢有一点时间可以作一点讨论，好的

同学：贺老师首先非常感谢你今天精彩的讲座，我是 05 级的法律硕士，我的名字叫罗宾（音）前些天我们上了一个课，老师讲的是关于实质正义和程序正义的问题。

贺教授：恩。

同学：然后他就讲了美国六七十年代发生的一个所谓程序革命，回到宿舍以后我在思考这样一个问题，为什么美国的程序革命会在六七十年代发生，而不是前面很多年发生。为什么罗尔斯的正义论也是在六七十年代总结了前面那么多观点，而我知道的讨论正义的著作是很早很早以前就有人讨论，我就和一个社会学研究生讨论了这个问题，从中我知道美国六七十年代确实是一个思想泛滥的价值多元化的年代。由此他们很难从实质上找到正义，所以他们有了一个程序正义的程序革命。法学问题如果从社会学，历史学角度来得到一种了解，所以我想向贺老师问的问题是，也给贺老师提个建议，既然你停止招收法学研究生，你是否可以考虑在将来开放你的研究生，招收读社会学，历史学的本科生呢？可能这会对你的研究工作和你的教学工作都非常好。

贺教授：我觉得很好。（掌声）实际上你提的问题是个特别复杂的问题。你知道二战美国是个很大的受益者，经济方面研究很多，军火方面也很多，但是知识方面并不多。二战，纳粹迫害犹太人，大量最优秀的学者被赶到了美国。你说的美国六七十年代知识界的繁荣可能和二战有一定的联系。我想人类思想发展的脉络不见得很能够抓住规律性，它的原因有的

时候也很难做出解释。孟子讲，五百年必有王者兴。他这个东西，它过一段时间就出一个大师，大师出现相当长一段时间之后很多人从技术和细节的角度去研究去发展，但是短时间内不会再出现这样的大师。你讲的那个招生的问题啊，从非法律本科中间招收法律硕士，我非常赞成，但是我觉得我们要思考一下的，我们要共同思考的是法学的研究方法和历史的研究方法的某种紧张。历史的研究方法是尊重历史的事实，还原历史的到底是怎么回事。他注重联系，此事和彼事的联系，但是法学的训练，让一个人受到良好法律训练就是让他不联系。有人举过一个例子说，一个英国的律师去研究一个十四世纪的案件，他绝对不会其研究这个案件为什么会发生，它的历史背景什么，他的经济背景是什么，他是会期研究这个法官作出的推理对他今天的案件有什么好处。这就是为什么英国伟大的法学家梅赫兰（音）教授说英国的法律史写不出来。因为研究历史的人往往不能够很好的解读历史上一些特定案例的法律意义，比如说，*****与小白菜（不清），历史学家和法学家研究的角度会很不一样，搞法律的往往又缺乏历史学的良好的训练。我认为能否理解法学与历史学之间的这种紧张，是成为一个伟大的法律史学家的前提。我不反对从历史的角度，但是最好有一个对法律的基本的理解。比如说罗马法，要是没有一个罗马法的知识脉络的话你看罗马法阿枯燥无比，没有办法去理解罗马法到底是怎么回事，这是我们面临的一个基本矛盾。

同学：贺老师，您刚才演讲中提到从四九年到现在的一个法律教育发展脉络，是否可以这样理解，从四十年代末到七十年代初，毛泽东时代的以政治为中心的时代导致了法学的萎缩，而从七十年代末到八十年代初，到现在这样一个以经济建设为核心的邓小平时代是不是造就了法学教育的一种泡沫式的繁荣。而且在这样一个经济化和产业化的时代，您是否认为我国的教育再走产业化的道路？北大法学院是否也进入这样一个炉子，您是否赞同这样一个路子？

贺教授：好的，他提的问题是不是毛泽东时代法学教育是萎缩的，邓小平时代法律教育又是泡沫化的繁荣。这置于一个两难的境地了。要不成了就是萎缩了，要发展就是泡沫式的发展，发疯似的发展。疯长，我们现在法律教育就是这样一种疯长。所以我们要寻求一个中间路线，那就是说，不要去打压他，他要发展就发展，但同时又要使一种有序的发展，良性的发展。这也是为什么中国教育产业化也是我不赞成的一种说法。人类有许多领域是不能都用市场经济的逻辑去规划的，去管理的，教育着东西当然不排斥本身有一种利益来里头，比方说我们都知道有许多大学，私立大学，像哈佛，耶鲁，每年年度预算很多。收入教师的收入也很高，学校也能够做很多很多的事情，像建大楼啊，购置图书啊，买很好很好的器材，这些都需要考虑到钱的问题，他们考虑到钱的问题还有以更有效的办法，就是找校友去要，每一个毕业生都有义务向母校捐款，他们从读书的时候开始就有意去培养这样一种捐款意识，所以大家也要注意今后发了财，或者不发财也应该想方设法给我们北大法学院捐点儿款。(笑)

这样的话就会变成一种，你知道必须要有钱，中国的国立大学不像国立大学，你说这个大学是国立大学，国家投资占的比重有多大？多可怜哪，国家拨款稍微多一点了。那私立大学我觉得是非常重要的，我认为应该由私立大学出来真正去竞争。在日本这样的国家，教育体制，也是国立大学很强。东大啊、京都大学啊，最好的大学都是些国立的，老的帝国大学，但是他们也有早稻田这样很好的私立大学。台湾台大、政大这样的学校是第一流的，这是很厉害。但也有东吴这样的一种私立大学来竞争。而中国大陆到现在为止不允许真正意义上的私立大学的存在和发展。人家私立大学自己有自己的教材，私立大学有自己的培养目标，私立大学可以不开邓小平理论。这样的大学，很多人就会认为，诶，我凭什么把孩子送到香港，送到这个学校怎么样？挺好的，在国内也不用花费那么高，可以做很好的培养。我觉得很遗

憾的是李嘉诚投资那么多的钱给汕头大学。汕头大学几乎是李嘉诚一个人花钱建起来的，教师的工资啊什么的。可是教育的理念，教育的内容，教学的方法没有任何个性，没有任何特色。

而那个教育行政部门，不断地在打压这种新的（形式）

，甚至连这种主张也不允许提出来。我认为这是我们应当努力去做的。

我们让这位女同学（提问）。

主持人：不好意思，打扰一下，由于我们的时间关系，所以说这是最后一个问题。如果大家还有什么问题，可以私下里和我们贺教授再讨论。

贺教授：我想，可以稍微简洁的，两个吧。你简洁一些。

同学：好。刚才两位都是硕士同学，我是 05 级的本科生。所以我问的问题没有这么深奥。但我认为我的问题对于我们很多同学来说有着普遍性的意义，就是关于出国的这个问题。从我个人角度来讲，我对于出国的认识经历了两个变化。一个就是我之前认为，出国是完全没有必要的。因为中国的法律体系和国外的法律体系有很多很多的不同。但是后来在读了《南方周末》这类刊物一些海归派的学者写的法律知识传播这样一种文章后，我感到了法律的神圣。我就重新思考出国学法律究竟有没有必要这样一个问题。就您个人的经验来讲，抛除经济和未来发展的这些其他的因素，仅仅就从对法律这门学科的学习，对于我们国家，我们去学法律，建设我们国家这个角度来讲，究竟有没有出国学法律的必要？

贺教授：好，谢谢你的问题，其实这个问题并不是那么容易回答。主要是我不能够，关于人生的规划方面的许多因素，不是一个老师完全能给替代的。我相信你只是想听一听我的看法。那我的看法的局限性还在于我是一个土鳖，不是海归（笑）。尽管有机会出去，但多数机会是出去转悠转悠，并不是很深刻地理解，没有通过那种在国外的学习来很好地去领悟他们的法律教育。但你说得也非常重要就是说，有许多人，他们通过在海外的学习能够有一个对法律知识更深刻的领悟，这种情况是有的。但是，不知道你读过《围城》没有？《围城》里边儿钱钟书先生说，在中国，学中文的人需要到国外去留学，学法律的人基本上不要出去留学了。因为学中文的需要拿洋牌子来吓唬人，而学法律的人即使在国内学业是彻头彻尾的洋货，学的就是西洋的东西。所以你本身在国内读也就是在留学了。（笑）我是说实际上在本科阶段就留意去读一些，现在出版的原版的影印的书越来越多。比如说美国的 West

Publish

Co.的那套硬壳丛书。那套法律丛书是美国法学院学生必读的书，考试也非常重要。它在国内出版了，花不贵的钱就能买得到，你可以读。而且对中国的学生，事业也不应该仅仅局限在美国的这个有关的东西上，比方说有没有同学你很想学德语，同时了解一下德国的法律的情况？实际上就中国的民事法律的体系来说的话，可能受德国和日本的影响更大。这样你的知识就有一种恰当的分布。你具有一种世界视野。歌德讲这世界视野非常重要。你的视野相当开阔，那么你通过各种不同知识的涉猎和某些方面扎实地阅读来培养一种良好的鉴别能力，判断力。判断力可能比你在某一个领域内研究的精深的（东西）可能更重要。所以我

想，在我看来出不出去，对于一个人，比方说你要走学术的道路，也许并不是那么重要。关键在于你的四年是不是能够有效地去利用。这样的话你到了第三年的时候你也许会有一种自己的判断。我想到时候你到三年级的时候我们可以再交流这样的问题。

好，我们请后边一位站着的同学。我一直觉得站着的人最可怜，（笑）呵呵，就是你，对。

同学（大意）：我认为你的观点是后现代主义法学的观点。你的思路批判是批判的意识，可能对于一些问题有所回避，请问您对于社会从建设角度来谈有什么观点，而不是用排除法。

贺教授：哦，好的。让我简要的回应这样的问题。你说我是后现代的，我觉得是高抬我了。我没有什么太多的，我最不喜欢后现代。没想到人有时候真的是，不是你最喜欢的东西对你影响最大，而往往是你最讨厌的东西对你影响最大。关于建设和破坏之间的关系，其实我自己觉得，你本身也很难一概而论。到底破坏是不是本身蕴涵着一种建设。当然我愿意，我自己觉得，我自己一直认为现在有许多问题，我看到更多的是弊端。

有人评价朱苏力院长和我两个的差别，就是说遇到一个中国的问题的时候，苏力院长往往坚决假定他是正确的，然后开始去找为什么他是正确的证据来取论证他；我呢，通常就坚决假定他是错误的，然后去找证据论证为什么他是错误的。这东西可能呢，大家角度不一样。我自己个人觉得，我愿意把自己的定位设置为一个批判性的学者。也就是说我要去发现更多的社会的弊端。看到弊端我就要去指点，直言不讳的去说。而且这个社会果然有很多很多的弊端。所有我批判的东西我认为都是相当相当严重的制约着我们的发展。而这种东西背后又有很大的一种强有力的东西的支撑。我们也想方设法的一点一点地去改变它，而不能总是说现实的就是合理的。比如说延安发生的“黄碟案”。警察闯到人家的住所里，把人家夫妻俩再看黄碟抓起来了，没收人家的东西。有人就会说，哎呀我们要理解警察，警察也不是无缘无故的，警察也要去维护社会的道德。而我总是会说，这是对社会最基本的私人的权利的一种破坏。所以我说，也许这两种类型的学者都需要，我也没觉得我这样类型的学者很重要。但没有这样的批判的学者，这个社会肯定是没有办法进步的。

哪个是 05 级本科同学吗？好，最后一个问题，真的是最后一个。

同学(大意)：我感觉您是非常正直的人。(掌声)我也是。(笑声)我是 05 级法律硕士。……

贺老师：简单点说，简单点说。

同学（大意）：在贺老师说之前，我感到作法律硕士是很自卑的。我们学费最高，没事儿做，而且我们最优秀的贺老师竟然不教我们。（笑）请问你能否也来为我们法律硕士上上课，使我们更加受益。（掌声）

贺老师：谢谢，请坐。事实上我经常给法律硕士同学讲课，比方说去年的 4 月份我还给深圳的法律硕士班讲了法理学。上那边的课，因为你们不开那个外国法律史。我现在给法律硕士往往是讲法理课，讲课往往是这边老师忙排不过来了，我就是替补队员。然后他们就说：你去讲一讲法理吧，然后我就去讲一讲。当然我觉得非常愉快。我自己觉得给法律硕士讲课非常愉快。我希望自己今后有机会，如果没有机会的话，我们再策划几次讲座比方说，或者

我们一些学术性的对话，请一个校外的法律实务界的法官啊。我作为研究司法实务的学者跟他有种对话。我希望法律硕士有法律硕士协会，大家今后可以多策划这样的活动。

好，非常感谢，谢谢大家！

主持人：大家请稍等一下，稍等一下。先说一个问题就是今天贺教授的讲座我们会整理以后发到那个未名 BBS 的法学院版上，欢迎大家去看。

另外，今天的最后一件，也是最重要的一件事情。由于明天是教师节，然后我们法学院的学生为贺教授准备了一份礼物，代表我们对您深深的祝福和感谢！让我们以热烈的掌声表达我们对贺教授今天讲座的感激！

文字整理：北大法学院学生会学术实践部

上传时间： 2005/9/28 文章来源：法律思想网

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

网友评论发表评论>>只显示最新 10 条。评论内容只代表网友观点，与本站立场无关！

『hansen』于 2006-3-18 17:27:00 发表评论：

诚如斯言，我国的法律教育体制有很多不足为道的地方，批判的人是很多的，这个不用多说了。

现在就是要讲如何解决的问题：

难道美国的法律教育体制就能够拯救我们的法律教育从而求得我们所要达到的效果么？没有谁能保证。所以还是要承受这种模式，继续逐渐完善。搞一刀切的形式进行改革，已经有了很多失败的先例，不能否认我们的认知水平相比较而言，已经有了很大的提高。但是我们不能由此而推断出我们的行为一定会实现我们所设定的预期！目前社会确实需要一种相对稳定的环境，而不是以一种革命的姿态来肆意改变教育的模式。不要说我怯懦，而是我不想再去失去更多！

『Understars』于 2005-12-18 15:12:00 发表评论：

请问贺老师，现在的大学里面的法学学者，是不是特别看不起法官(这里特指中国大陆地区的法官)？

如果是，为什么呢？

『偷窥法律者』于 2005-12-15 22:04:00 发表评论：

其实说关于中国的法制化的问题,我觉得中国并没有象有些网友说的那么悲观.就我遇到

的例子说一下吧:某日,我去买东西,拿出一张写有汉字的人民币去付钱,售货员说:根据最新的人民币法,你这钱不能用了.我愣了好一会儿,觉得自己是学法律的人,怎么不知道出了有新法律.随后走了几间都一样.由此可见,我们的人们的法律意识正在不断的提高,我们的法制化进程其实并不慢.

『珥笔之民』于 2005-11-21 12:08:00 发表评论:

贺先生:

我觉得法律教育制度的研究是很重要，但对于接受法律教育出来的人来说。出路才是最重要的？您以为如何？

『杞人』于 2005-11-18 10:06:00 发表评论:

贺先生:

我是西南的法学院学生，听说你是西南的校友，我感到十分高兴。最近在看先生的《超越比利牛斯山》，颇有感慨，为先生之敢言所折服（言之勇莫不是是中国学人的悲哀）。先生怀天下之大爱，然同为西南学人，今天的西南人就相去甚远，多为稻粱计，颇为功利。

78 级的学生诚然是优秀的，但二十多年之后，还为人们津津乐道的还是 78 级！虽然有客观原因，但也令人觉得失落。

听先生所言颇为畅快。大哉，贺先生！

『贺卫方』于 2005-10-25 20:20:00 发表评论:

老九及各位朋友：多谢大家的评论。我完全同意老九的意见，现在一些国家法律教育向美国模式的转向究竟效果如何，还需要时间观察。希望能够有对日本、韩国法律制度和教育制度有深入研究的同行及时研究，让中国有所借镜。

『老九』于 2005-10-21 0:37:00 发表评论:

贺先生啊:

我一直很佩服你的胸襟、胆识、机智、幽默，但是（但是之后往往是重点内容）有时也感到你对某些重大问题尚欠深思熟虑。比如，关于法学教育的模式、法学教育的重心，还必须多加思考。以前，我受一些英美人士（或留学英美的人士，主要是美国）的影响，也认为法律人应当知识渊博、对人生社会有广泛的了解（或领悟），法律的专业理论知识并不是非常重要，而法律技能（如法律思维、法律论证方式、辩论技巧等等）更加重要。看了冯象给他的宽侄的信之前，我还是这样想的。但看了这封信以后，我的想法变了（这恐怕是冯象所没有想到的，有人会往他所希望的相反的方向转变）。在这个问题上，冯象对大陆法系的情况太不了解了！大陆法系内部的法律体系的复杂程度，英美法系的学者往往无法想象。所以，短时间的专业学习（特别是不重专业理论学习而重技巧训练），根本不能奏效。当然，最理

想的状态是：基础知识渊博、专业理论扎实、法律技能娴熟。但这是需要时间的。在时间不够充裕的情况下，我宁愿学生选择后二者（特别是对那些选择不搞学术研究而从事实务的学生来说，如果打算从事学术研究工作，也许前二者更重要）。那么，多长的时间才够用？个人认为：在大陆法系背景下，要掌握法律专业知识和运用的技能，至少要六、七年。我预期，日本的法科大学院改革，如果没有其他配套措施，特别是保证学习时间的措施，则改革最终将会失败。

因为贺先生的影响力非同一般，所以，更希望贺先生在这一重大问题上慎重考虑、慎重发言。

希望能将这个帖子转给贺先生。

——一个晚辈、一个尊重并景仰贺先生并视贺先生为朋友的人

『碧海青天』于 2005-10-19 16:24:00 发表评论：

其实，进法学院的人并不一定是热爱法律的人，我国的孩子在填高考志愿时并不知道自己到底喜欢什么，只不过法律是热门就选法律，而且忌讳透露自己不喜欢法律的真实意图。

法律教学、司法环境都不能激起我对法律的热爱，我也不讨厌法律，相对来说，我还是比较有好感。

在我心目中，法律是神圣的，参加工作之后才知道不时那回事，贺教授的精彩演讲能够暂时觉得法律是高尚而且神圣的。

『bbjack』于 2005-10-19 13:17:00 发表评论：

多次看见贺教授提出把地方法院的人、财、物大权收归中央，这就又产生了一个问题：是不是中央的法律人就是充分独立的？还是只不过把干扰源从党委书记换成了这个专管机构？另外，想请贺教授谈一下 NGO 如何突破法律瓶颈的问题，谢谢。

『。。。。』于 2005-10-18 20:52:00 发表评论：

每次看完贺老师的文章后心里都挺郁闷的。中国的法制建设确实存在着诸多的问题。自己虽然也是学法学的（快要毕业了），在北京众多高校中也曾与不少法学本科研究生聊过中国的法律，但只有越来越增添我的悲哀。我觉得中国至少还得过二十年，等越来越多人接受了法学教育后，整个社会都有一种强烈的法制的观念了，那时将会有一场五四似的运动的历史大爆发。真的我感觉现在对法学的期盼就像一百年前的这时清末的革命党人对清末政府的观望一般！

什么是建构法治中国的开放心态？

by 贺卫方

法律出版社新近出版的一本辞书《元照英美法词典》放在面前就让人眼睛一亮，因为它不但装订设计颇为讲究，外观具有极为浓郁的英美气息，而且其二百八十多人组成的庞大的专业编撰队伍潜心十年的工作结晶使得人们没有理由怀疑这是一项浩大的工程。联想到此前不久《南方周末》、《中国图书商报??书评周刊》等新闻媒体对许多作为该书审订者的三十年代治英美法的老人们的让人深思的故事以及出版者在这本书的出版过程中所表现出来的高度负责的精神的报道，喜悦之外又多了一份感动。

这部完全由中国学者自己编辑的英美法词典的宗旨和可能的意义，编撰者们、审定者们已经说得非常详尽而清楚：

“本词典的编撰旨在为中国提供一部以英美法律词书为集粹的新编中文版，其收词自古洎今，尤注意英美法的发展与词典的现代化。”“本词典以自 19 世纪以来的英美法词典、百科全书、判例集、法律汇编、各部门法学专著等作为基础资源，并旁及加、澳、新等国法律词书及其法律集语法学专著，综合编纂。”(潘汉典语)

“1.通过为不断增长中美间法律上的理解提供一个机会，这部词典将能促进强有力的公正的法律制度得到吃醋发展。2.这部词典将为中美法律界提供更紧密联系的基础。例如，这部词典很可能成为两国律师的比较法培训的必备工具，一如《布莱克法律词典》在美国法律训练中的传统功用。3.本词典将会成为对法律学者具有特别价值的参考书，而且，极有可能对法律著作的翻译起到促进作用。4.因为法律基础对于商业制度的发展和一个稳定的经济发展来说，都是至关重要的因素，上述的益处将会巩固中美之间的商业关系。两个伟大国家之间的关系在全球经济中将越来越重要。”（乔治.J.西德尔语）

不过，我尤为欣赏的是这部词典所折射出来的编撰者们对知识追根溯源的求索精神和他们追求、解释、维护法治的过程中所拥有的开放心态。

大家都知道，最近几年来，政府通常以西方发达国家的相关法律制度为参照系而进行的法律方面的变革是我们国家政治生活中最引人关注的一个方面。但是，同时，我们还注意到，变革中类似于抗辩制、法官主审制、证据当庭陈示制度、法官等级制度等诸多措施在中国并没有起到当初预期的效果，有的等同于虚设，有的则遭受到基于基本法理的质疑——法官应该分三六九等么？等级是否意味着行政级别和行政辖属关系的介入？

与此相适应，在法学研究领域，法律移植一度是甚至现在仍然是非常热门的话题。法学界有一部分学者依据许多国外行之有效的法律经验或曰国外的法律传统在中国“水土不服”流于破产和中国的传统及地方性的习惯在一些个案里表现出来的强大的生命力和相当的合理性，强调法制建设需要依赖本土资源。而持不同论调的人则认为，中国的传统和受到地域限制的习惯某种程度上与以民主、公正、平等、人权为标志的现代法治理念可以说是截然相背。由传统和地方习惯维系的社会秩序固然有其合理性，但是，九十年代流行的影视剧塑造的“山杠爷”们和“秋菊们”生活的那个地方世代沿袭下来正在面临着现代法治观念挑战

的秩序多多少少有点“强权公理”的特征。

学习国外先进的文化和制度和倡导以批判的立场来对待国外的事物都是不错的，然而，无论是学习还是批判，都需要一个前提：了解。我们对西方的法律制度和法律思想了解到底有多少？中国的学者中，几个认认真真读过梅特兰的《英国法律史》？德国的法学也是非常发达的，对其他西方国家的影响亦相当之大，又有几个学者是当之无愧的德国法专家？时下，研究美国法的人似乎比较多，可是，仔细想想，要在中国的法学学者中数出几个扎实的美国法专家一样并不是件容易的事情。在去年有关制定民法典的讨论中，有的学者恳切地认为我国法学界在民法理论方面的研究基础不够深厚，研究水平有待提高，因而即使中国经济的迅速发展与现实生活中人们权利意识的觉醒无比急切地呼唤一部属于中国的民法典的诞生，但出于对民众和国家负责任的考虑，应该认识到，目前制定民法典的时机并不成熟。我们应当审慎地推出这样一部重要的法律文件，制定以后要让它实实在在地发挥作用而不是束之高阁。他的话也从另外一个侧面告诉我们，至少对民法来说，我们对国外的情形知道的并不是很清楚，一些学者“引经据典”的争论显然因之大打折扣。

结合中国法制建设的实际，我认为，我们第一重要的任务就是学习，学习外国。这就涉及到怎样学习。学习的过程中，学习的态度和方法至为重要。我认为，《元照英美法词典》的编撰者们为我们提供了学习国外的法律和制度的应该的心态。首先，在词义上，他们尽可能地予所有的词语本来的面貌，它是怎么来的，后来有什么变化，为何又演变成今天通行的意思；其次，他们寄望于中国治英美法的学人以及希望从英美法汲取经验的法律实践者们能够依托《元照英美法词典》这个工具客观、公允地认识、评价英美法。英美法有自己的历史，有特定的历史环境背景下的特殊意义，仅仅看学者的论述是不行的，且不说社会制度的演变充满了不确定性、不可预知性，学者们不可能完全阐释清楚，就是完全阐释清楚，没有一定的历史素养，做到理解到位也非常难。因之，学习外国法，一忌先入为主，需要保持开放的心态，不要急着对具体的制度环节下结论，二不求甚解，外来的和尚不一定会念经，即便会念经，我们也可能会听不懂，拘囿于外表和细枝末节的“比着葫芦画瓢”并不可取。让人感觉到痛心的是，迄至今日，虽则对国外的法律和制度的学习和借鉴是大学校园里和各种各样的法律改革研讨会的津津乐道的话题，但是我们没有信心说我们对西方的制度方面的设置已经了解的足够精深、足够细致、足够全面。

话又说回来，学习外国法是一码事儿，参照外国法进行改革又是另外一码事儿。翻开《清末筹备立宪史料》，你会惊讶于载泽、戴鸿慈、端方、徐世昌、绍英等人的奏折对当时西方小至风土人情大到制度文化的精到的表述——这已经是鸦片战争后中国六十余年观察西方的积累。始终无法参透的是，“五大臣考察西洋宪政后”直至文革前还有数次中国政治精英们发起的以宪政为矢的的变革和实验，为什么均未成功？这与对西方政治制度的研究欠缺并没有太大关系，因为此间不论在法学界还是在政治学界或是制度的实际操作层面，都涌现出一批杰出的人物；却不似今天，我们首先面临的就是“人才的贫困”，你可以想象——当我们编撰一本英美法词典的时候，我们竟然不得不惊扰那些八九十岁的老人。我们还缺乏这方面的思考，学者们必须承认，实际的制度构建是远比学习、研究理论更为复杂的事情。

笔落至此，不经意间突然心生几分压抑，不知道是面对历史的汗颜还是思及法治中国的前途的迷茫。移植外国的法律和制度，的确是件颇费思量的事情，“淮南为橘，淮北为枳”，一个国家和地区的法律和制度在另外一块土壤上生长，可能也会有相似的经历。只有一点可以肯定，法律和制度的精神是不变的。法律和制度之所以成为人类的需要，原因在于人类是

存在缺陷的动物，而且有些缺陷是不可根除的。同样，由于这种缺陷，我们建立的法律和制度也不是完美无缺的。你追求一种法律和制度的价值，就可能丧失另外一种法律和制度所蕴涵的价值。我们在认识人类所有的法律和制度之后，接下来的任务便是在不同的法律和制度之间进行衡量，选择那种相对要好的法律和制度。对于我们，好的法律和制度，不单要有利于我们生活其中的国家的强大，还要让每一个人感觉到作为人应有的尊严、平等和自由。无论是正在紧锣密鼓进行过程中的民法典制订工作，抑或可以预料到的中国宪政的塑建，这些都是不可忽视的和最先要被考虑的。

上传时间： 2004/3/3 文章来源：新闻周刊 本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

史家的傲慢与谦逊

by 贺卫方

做学问的人大抵都有些傲气或者自恋。“文章是自己的好”，即便是谦虚的说法，也是“敝帚自珍”。去年，著名历史学家何炳棣先生的回忆录《读史阅世六十年》在大陆出版，我细读一过，获益很多，也看到了何先生颇为自负的一面。这表现在他对于时贤的臧否上，一些大名鼎鼎的人物，他一点也不避讳地说出他们在学问上甚至为人上的缺陷。例如，胡适对人的成见和社会科学训练不足，董作宾的考据随意，杜维明曲解儒家经典，甚至连英文写作也“备极油滑”。对于张光直，作者甚至到了痛加贬斥的程度。与此同时，他对自己的学问也表现出极大的自信。我印象最深的一个情节是，他在美国国会图书馆一卷一卷地挖掘中国家族和地方志史料，“每当闭馆后吸进第一口清新夜气，仰望着白玉般晶莹雄瑰的国会建筑群的分秒之间，内心不禁在狮吼：‘看谁的书真配藏之名山！’”这样的气势实在是有一种帝王气象呢。

不过，话又说回来，一个清醒的学者又能够看到任何特定研究本身的局限性，再伟大的学人或思想家也只是知识增长和思想历程中的一个环节而已。“江山代有才人出，各领风骚数百年”，即便是数百年，也意味着不可能永远不被超越。因此，探索知识的过程中，谦逊的心态既是一种重要的美德，也是学人职业伦理的规范。而从学问的类型和内在特质而言，历史学家应当是最谦逊的。因为历史写作所要处理的都是过去——绝大多数情况下是历史学家本人完全没有经历的时代——发生的事情。我们只能根据各种不同的史料来努力拼凑过去的事实，时过境迁，去今往往已经上百上千年，能够完全还原历史的真实乃是完全达不到的一个目标。博学严谨如兰克，也不敢宣称他所撰者就是历史的本来面貌，只能将尽可能复原历史事实悬为目标而已。不仅如此，历史本身是人所创造的，而今天那些已经尸骨成灰、变为蜡像或铜像的那些盖世英雄或帝王将相当年也是活生生的人。他们的思想、心理究竟如何，当时的人——甚至他们本人——都未必说得清楚，更不必说隔着时间的长河的历史学家们。史家陈寅恪先生说治史者要有一些想象力，能够在史料的空白处发挥想象，丰富历史的内涵。这当然是必需的，不过当治史者用自己复杂的心理揣度另一个早已作古的同样复杂的人的心

灵，可谓“梦中说梦两重虚”，其间的得失真的是只有付诸“寸心”了。

再说历史观问题。我们都知道，不同的历史学家由于信奉的理论不同，笔下呈现出的历史面貌甚至细节刻画都会不同。兰克学派注重原始资料的挖掘，反对任何价值上的先入之见，反对主观的发挥和倡导。汤因比则是大处着眼，把文明作为观察和分析的单元，看整棵树，而不屑于观察每一片树叶。法国新史学即布罗代尔一派则力倡社会科学各学科之整合，注重社会、经济和社会的史实，又把视野扩大到一个宏大的层面，提出极具创意的多元化时间观。马克思虽然不是职业的历史学家，但是他和恩格斯所创立的历史唯物主义学说也有着开山立派的理论意义。凡此种种，不同哲学指导下的史学家仿佛各自手执点铁成金的魔杖，魔杖所至，世界就呈现出不同的面貌。但是，人类却终究不能获得一种对历史的惟一正确的解释，或者说，没有哪一派历史哲学会变成一种信仰，万物皆备于我，其他各家都是谬误邪说。果真有那样的真理性的信仰体系，那就不是科学，而是神学了。

不独此也，即便是把一派学说作为指导思想，一个问题也难以回避，就是如何解读这种学说。遥想当年，所谓“社会主义阵营”各国都号称宗奉马克思主义，但是什么是马克思主义，很快相互之间就发生了分歧：斯大林有斯大林的理解，铁托有铁托的理解，毛泽东有毛泽东的理解，金日成有金日成的理解，而且动辄指责别人是假马克思主义，是修正主义，口诛笔伐，论战不断。谁是正宗嫡系？谁也说不清楚。这是任何理论都无法摆脱的解释学难题：理论不是一种意义固定的文本，其含义在一定程度上取决于读者。打着同样名号的主张却完全可能有绝然不同的内容。

在历史学领域，我们也看得到这种名号不变情况下内容上的暗度陈仓。五十年代，我们的史学家们把马克思对于欧洲历史模式的解读套用在中国历史上，不仅仅是经济基础决定上层建筑，不仅仅要发现社会的发展规律，而且也要以阶级斗争作为解释中国历史的钥匙，全然无视中国传统社会在结构上与欧洲之间的巨大差异。史学家们又把历史分期套过来，争论中国的封建社会与奴隶社会之间在那个时候分期，可是中国有欧洲意义上的封建社会么？前述何炳棣教授就已经用极其扎实的史料证明恩格斯的“家庭”、“私有制”和“国家”的历史演进“三段论”完全不能适用于古代中国（参看氏著：“华夏人本主义文化：渊源、特征及意义”，《二十一世纪》1996 年 2 及 4 月号）。用教条化学说指导的历史写作和历史解释最终是鲁莽灭裂，所写著作全无历史学的价值，现在已经是架上蒙尘、读者寥寥。随着八十年代学术界的逐渐省悟，人们越来越清楚地意识到，历史学不能搞独尊一派，只有真正的百家争鸣，才能有富于活力的历史撰写。百家争鸣是什么，正是不同学派都能够发出自己的声音，正是一种学术研究和理论探索上的宽容和谦逊。我们当然可以对于自家理论坚定地信奉，但是把这种信奉建立在一个有限的前提下：所有的论说都是尝试性的，都是有可能存在错误的。与自己不同的主张也可能是正确的，我们必须对同行而不同道的学者表示最基本的尊重。另一个重要前提是，学者就是学者，学术之争不能往政治上裹缠，既不应给对手扣政治帽子，也不可把自己变成政治正确的化身。

但是，我们在今天却看到了一个盛气凌人的史学家，他号称得到了真经，由于有了某一派理论作为指导，就可以“观察历史现象，认清历史发展本质，指明历史发展的方向”。他指斥别人“所叙述的历史，不是建立在研究大量、扎实历史资料的基础上，而是按照自己的好恶，随意拈出几条史料，随心所欲地作出历史评论，这样的历史评论，脱离了史料基础，只是个人感想，它是无源之水、无本之木，乍看吓人，却是没有根基的，没有说服力的，经不起史料鉴证的。懂得历史，才能更好地建设今天。把鸦片战争以来真实的历史告诉我们的

下一代，让他们明白真正的现代化道路在哪里，我们在中华民族伟大复兴的征程中会行进得更加坚实。”如此毫不谦逊，狂妄傲慢，哪里还有一丝历史学家的风纪？他口口声声说别人的研究“对青少年产生严重的误导”，可是，难道不正是这种宣称自己就是历史和真理化身的所谓历史学家用他的实际行动在误导青年么？

好在今天的年轻人已经不那么容易误导，也不需要别人代替他们去思想了。这样的作者也只能借助权势而出来吓唬一下人罢了。

上传时间： 2006/3/25 文章来源：法律思想网

网友评论发表评论>>只显示最新 10 条。评论内容只代表网友观点，与本站立场无关！

『yshuo』于 2006-4-24 21:51:00 发表评论：

我觉得在当今这个社会谈论什么是社会主义,什么是资本主义没有什么意思,但我十分同意贺老师的学术论点,在中国学术环境日夜萧条的今天,我们就应该学一下春秋战国时的学术氛围,只有竞争才有发展.希望中国的学术再达到"百家争鸣"的局面,那将是国人之福,国家之富.

『砚池』于 2006-4-12 17:08:00 发表评论：

中国的历史和现实假话太多，太让人失望。5 年就把夏商周断代，而且是一帮老弱妇孺，实在是真正的历史学家！

『yw』于 2006-4-12 10:42:00 发表评论：

The Law has a last name.

For example, the capitalist law protects private

property, and it is scared for it. The US law

harshly punish people for small offenses, "three

strikes and you are out". But typically big

corruption don't get much punishment. Now the US

congress would like to criminalize "illegal"

immigrants. But with all due respect, they have

due process, we don't have. To me, this is a big

problem in our law system.

What is a Marxist law? I don't know. I'd like to

know. Does it require due process?

『qiren』于 2006-4-8 12:15:00 发表评论：

我觉得再今天的中国谈论姓社姓资的问题已经不在那么有意义了。今天的社会发展，我觉得要冲淡所谓意识形态的影响，有时候所谓的意识形态反而成为了中国对外交往的紧箍咒，我们已经深知，我们不会再因为意识形态的问题拒人于千里之外。

『xianqiang』于 2006-3-26 17:18:00 发表评论：

当一个人习惯了威权，总有一天，他会在某个陌生的角落里被自己吓倒。

『babas8』于 2006-3-26 9:11:00 发表评论：

贺老师昨天我听了你作的关于法制社会的建立的报告，你说到姓资姓社的问题。在我所看到的中国法理学教材中几乎都是以马克思主义法学方法去研究法学，把法学分为奴隶制法学，封建制法学，资本主义法学以及社会主义法学。那么我想问你是如何看待我国姓资姓社的问题，其次我想问那些所谓的资本主义国家的法律学者又是如何看待马克思主义法学的？

书记员不再是法官的预备队

在 1949 年以后的很长时间里，由于某种观念的影响，我们对于国家权力建构中的复杂性缺乏认识，例如，对于法院作为一种国家机关的独特性缺乏必要的研究。在具体的制度层面上，法官选任标准低下，法院内部管理制度高度行政化，机构设置充满随意性，司法行为过分主动，以及司法行政混同于司法判断，都是其中的一些突出表征。近年来，随着市场经济建设的深化和人们法治和权利意识的日益觉醒，这种大而化之的制度建设模式的弊端越来越显现出来，并陆续成为改革的对象。

现在，书记员制度的改革方案终于出台了。书记员成为法院工作人员中的独特群体，他们不再是法官的预备队，而只是始终从事纯粹技术工作的专门人员。仿佛医院里的护士与医生之间的分别，书记员不可以因为工作年限的增长和资历的积累而成长为法官。这样的改革意义何在呢？

我们都知道，在法官的职业素养中，独特的教育背景和长期的司法历练所带给他们的判断力是至关重要的。与之不同的是，书记员虽然也需要具备一定的法律知识和素养，但是他们的主要工作仍然只是准确地记录法庭的活动。经年累月的记录工作会使他们的工作更加熟练和精确，但这与法官所应当具备的对于法律诉讼的判断力完全是两回事。

从知识社会学的角度看，书记员理应作为工匠层次的群体，而不是一种高度专业化意义上的职业。这种区分无疑将深化人们对于法院内部不同人员之间差异的认识，并且将有助于在法官选任、书记员聘用、不同人员的考绩标准、薪俸福利等法院管理的各个环节上体现这种差异。

正是由于法官与书记员之间的这种判然两分，法院内部的科层化和合理分工才得以实现，司法效率才能提高。

随着司法所承担的社会调整使命的日益加重，各种纠纷和案件呈现出明显的递增趋势。但是，法院解决纠纷的能力却是严重不足。过去不少人总认为这种情况需要法院编制的增加来解决，但是，问题在于，在我们已经拥有全世界最庞大的法官群体的情况下，积案却是与日俱增。据一份比较数据显示，中国的法官的人均审案数量只相当于美国法官的 1／20。

原因何在？法院内部人员缺乏科层化和合理的分工是其中不可忽视的因素。由于某种庸俗平等主义以及司法领域的群众路线的影响，我们对于建立在专业基础上的层级划分往往是很排斥的，法院内的司法决策工作和辅佐管理工作浑然不分，法官经常要处理本来是书记员、秘书、法警甚至清洁工的工作（某个中级法院院长每天清晨带领“党组一班人”打扫卫生还受到过报纸表扬呢），另一方面，辅佐人员经常可以通过各种途径登堂入室晋升为法官。前些年被媒体揭露出来的山西绛县法院副院长姚晓红便是由司机而办公室主任再副院长的。这样，法官与辅佐人员犬牙交错，不同性质的事务裹缠在一起，结果当然是“月朦胧，鸟朦胧”，司法工作要有效率才是怪事。

法官与书记员之间划分的另一个价值在于这样做有助于提高法官的人格尊严和职业尊荣。法院是法官主导的机构，正如大学是教授的领地。在制度上，必须让法官成为司法权的惟一主体，让他们有主人的身份和职权。

要做到这一点，就需要在他们晋身之阶上显示他们的卓尔不群。英美国家的法官照例是从最优秀的律师中间选任，就是要想方设法使法官成为法律职业群体中最受尊重的人们。在司法所处理的事务越来越纷乱复杂、许多纠纷难以给出一个非黑即白的结论的情况下，司法得以有效调整社会关系的重要前提就是法官要得到全社会的尊重。但是，如果法官的出身有可能只是从事机械记录工作的人们，那么他们又如何让当事人和律师在法庭上对法官肃然起敬呢？当然，如果书记员通过自身努力，通过了司法统一考试而成为法官，那也是十分值得尊敬的。

上传时间： 2003/11/6　　文章来源：南方周末

谁是司法改革的主体

by 贺卫方

贴文一篇，将发表在《人民法院报》。

正值整个司法系统上上下下都在不断地探索和推进司法改革的时候，张志铭教授眼疾手快，敏锐地提出了司法改革的主体适格问题。听起来不大通俗的所谓主体适格，其实就是在某些关系重大的领域或事务方面，谁可以作出改革决策的问题。志铭以一家基层法院最近推出的"先例判决制度"为例，指出这样的改革虽然精神可嘉，但是却无意之中侵夺了在我国只有立法机构才享有的"造法"权力。这样的僭越行为，休说是一个基层法院，就是最高法院也是不可轻举妄动的。

这无疑是一个牵涉到我们的司法改革的全局性大问题。拜读之余，我不免联想到这些年来我们的许多司法改革措施，一个突出的特点是，它们中的绝大多数都是由一些中级甚至基层法院首创的。由于这些年来一直专注于司法改革，我有机会到各地法院做调研，接触到一些颇具改革精神的基层法院的法官以及院长们，每每受到他们改革与创新魄力的感染，有时还曾写文为这些改革举措而叫好。青岛市中院的"主审法官制"，成都市中院的"审判长选任制"，浙江台州市路桥区法院对审判委员会功能的彻底改造，烟台市开发区法院在案件流程以及法院管理方面的独到探索，大庆市龙凤区法院的柜台式立案，东营市东营区的取消"院长分管制"，厦门市思明区率先敲响法槌……凡此种种，都令我印象深刻，其中不少创新引发了法院系统内外相当的关注，有些已经得到最高法院的赞许并在全国范围内推广。

难道说这样的改革措施都不应该推出？假如过去的这些年间各地法院都按兵不动，一味地等待最高层发号施令，那么我们的司法改革是否能够有今天这样的局面，真正是一个大疑问呢。

仔细读来，志铭对基层法院在司法改革中的适格性加以质疑的论据有三：第一，"司法制度是国家的根本制度之一，关系到国计民生、政制稳定，原则上是不能动辄改之的。"第二，经过二十多年的改革，"我们已经建立了基本的法律框架"，因此，过去的那种——这是我的理解——大张旗鼓式的改革时代已经过去了，而且，改革的泛滥反而导致一种反法治的效果。第三，作者又把改革开放的效果推演到司法和法律之外，影响及于更广泛的制度以及观念层面。"中国社会已经确立了各种新的、合理的制度和观念，从整体上说，我们将从一个改革的时代，逐渐进入一个改革与因循并存的时代，并最终建立一个以因循为主的稳定平和的社会。"

我觉得，志铭的上述论证有进一步商量的必要。第一个论据也许正好可以得出相反的结论——恰好是因为司法制度是根本制度，关系重大，所以对其中的弊端才更需要下大气力加以革除，否则就会危及国计民生、政制稳定。也许问题并不在于基层法院该不该进行改革，而是要区别哪些当为，哪些不可为。很明显，志铭作为例证的那项改革确实是基层法院不可

为者。虽然法治的基本要求之一是同样的案件同等的对待，但是，一个基层法院特立独行地宣布要确立遵循本院先例原则，却不仅是蚕食立法权，而且会伤害法制的统一。因为一个基层法院的管辖区域通常相当狭小，自己单独遵循自家先例，固然有助于本院辖区内司法准则的统一，但是却不可避免地带来整个国家法律标准上类似于“方言岛”式的效应，跟日益市场化的现代社会需求必然是格格不入的。正是因为这样的原因，即使是实行判例法的英国美国，能够创立具有约束力的先例的也只是上诉法院和最高法院，而非基层法院。尽管如此，我们不可以一竿子打翻一船人；并不是所有重要的司法改革措施都涉及到法制统一问题，也不是凡改革都会带来造法的后果。例如在法院管理领域，各级法院包括基层法院都有很大的改革空间，许多具体制度需要建立或改造。

我对志铭第二和第三个论据也有些不同的看法。的确，改革二十多年催生了基本的法律框架，我们在治国的许多方面都已经有章可循了。然而，稍微深入检讨，就会发现，成就还只是初步的，口号与行为之间还存在着剧烈的反差。就司法领域而言，连宪法所明文规定的法院检察院依法独立行使审判和检察权都没有兑现，司法独立就更是距离遥远的目标了。在更广泛的层面上，宪政的基本框架尚未搭建起来，县级以上立法机构还没有实现民选，立法、行政、司法诸权力的设置模式以及它们之间的关系安排依旧是头绪不清，政党与国家之间关系尚待厘清，最高法院的司法以及政治职能问题也就刚刚提出，如何通过司法维护公民权利仍然是百端待举……在这样的情况下，说中国社会在整体上要进入一个改革与因循并存的时代，总给人一种太过乐观之感。实际上，从整体言之，我们这个社会在政治、经济、法律等方面的转型还处在最艰巨的时刻。在《晚清七十年》一书中，历史学家唐德刚将 1840 年开始的社会转型比做过惊涛骇浪的“历史三峡”，按照他的判断，“我们能在 2040 年通过三峡，享受点风平浪静的清福，就算是很幸运的了。如果历史出了偏差，政治军事走火入魔，则这条‘历史三峡’还会无期限地延长下去。”德刚先生一生治史，知人论世，良非泛泛。所以，在法治社会建构方面，我们不妨套用孙中山先生的句式——改革尚未成功，法院还需努力。

可是，这也正是我们法律人的矛盾所在啊。法律职业者从本质上说属于保守而非动辄倡言改革的群体。大木雅夫教授曾专门论述法律人的保守特征，他分析了这种保守性格的起因，诸如法律人的任务是恪守和适用而不是批判现行法律，法律人在许多国家皆出身中上层阶级因而必然倾向于维护既存体制，更重要的是，法律人思维方式的决定性特征是依据先例而思考。“归根到底，法学或法学教育是以尊重既存法律秩序的精神为核心的。”（大木：《比较法》，法律出版社 1999 年版，页 8）实际上，这种保守性也是法治的内在要求，因为不断地除旧布新、朝令夕改适足破坏人们对行为后果的预期，并弱化大众的规则和制度意识。所以，跟政治家不同，法律人不需要也不可以处处与时俱进。但是，如果弊病显而易见，改革势所必然，法院——包括基层法院——又如何能够裹足不前？

也许，在这两难之中的选择与行为正是今天的法律人所面临的大挑战，也是对我们的勇气与智慧的大考验。我其实是赞成志铭所倡导的节制美德的，只是我们不要忽略与节制同样重要的美德是勇敢和智慧。此时此刻，我更愿意将他的表述顺序颠倒一下——法院在改革中，要有所不为，同时也需要当为则为。

（作者系北京大学法学院教授）

上传时间： 2002/9/12 文章来源：一塌糊涂 bbS

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

谁之过？

by 贺卫方

读了卞君瑜的那篇报道（“超期羁押十四年谁之过，罪与非罪至今仍无定论”），简直有不知今生何世之感。吴留锁被怀疑杀人，执法部门却没有找到直接证据，但这并没有妨碍检察院起诉，中级法院判处死刑，只是由于吴在公判大会上喊冤而幸免一死，导致省高级人民法院撤销原判、发回重审。然而，接下来我们只是看到不同机构之间的相互推诿、扯皮。于是越拖越久，从 1984 年案发被捕，直到今天仍被不明不白地关在拘留所中，已经长达十四年了。

只是被怀疑杀人，便有十四年的牢狱之灾，这是一个何等沉重的问题。每个人都不禁要质问：谁之过？谁人有权把一个最终没有被判处任何刑罚者给予如此严厉的处罚？

杀人犯罪发生了，执法机关有义务对犯罪加以侦查；在符合法律程序的前提下，执法机关可以对嫌疑人采取某种强制措施。然而，执法机关必须在法律规定的期限内完成对嫌疑人的证明工作。通常人们认为，证明过程有两种结果，一是犯罪成立，一是嫌疑人无辜。对前者，执法部门（公安局和检察院）要向法院起诉，由法院通过严格的庭审程序最终判定犯罪的成立与否。当然，法院也很可能将执法部门认为构成犯罪的嫌疑人无罪开释，或者由于证据不足，或者由于执法部门违反了程序。至于被证明为无辜的嫌疑人，法院应当立即宣布予以释放。这是我国刑事诉讼法所明确规定的。

稍微仔细地观察，我们便会发现，除了有罪和无罪两种绝然相反的结果之外，证明的过程还可能出现第三种结果，那就是，既没有确凿的证据证明有罪，但是却有某些间接证据表明可能有罪，是所谓疑罪。通过法律程序对案件事实的调查是一种历史研究，人们很难完全复原此前发生的全部事实，只能通过有限的证据对事实进行部分的证明。此外，法律家不比科学家，后者可以发扬愚公移山的精神，锲而不舍地从事对某个问题的研究，而不管时间的推移。执法与司法部门必须在法律规定的期限内证明或证伪一个案件；如果在此期限内证明不了，便应当释放嫌疑人。不是因为嫌疑人无罪，甚至许多情况下也并不意味着执法部门的过失，而是因为我们法律所规定的期限，而期限规定的基础则在于人类能力的有限性，在于对国家限制公民人身自由权力的限制，更在于现代法律制度所必须体现的对人道主义和人权等重要价值的保护。

然而，从吴留锁的这起案件里，我们看到的却是执法和司法部门对一个证明不了犯罪的嫌疑人的长期关押。如果说案发之初，有关部门没能证明犯罪还可以用能力局限之类理由加以解释的话，那么无休止的羁押又如何解释呢？我们看到了这样的解释——“由于各政法部门在认识上的不一致，相互推诿扯皮，在加上此案历时久远，办案人员换了一茬又一茬，才

导致了今天这个局面。”

我们也看到洛阳市政法委召开市县两级公检法联席会议，决定的结果却是由伊川县公安局按“取保候审”处理。然而，即使是这样违法的决定也得不到执行。理由居然是担心取保候审后会发生“意外情况”——例如报复办案的公安干警，以及担心巨额赔偿和错案追究。

这是多么可笑而又令人发指的理由。担心报复便无休止地羁押下去，可是干警们不怕仇恨越积越深么？纵然你能够将吴留锁永远羁押下去，使他老死看守所而无法报复，可是为了保住乌纱帽，便如此违反人道，让他的老父亲死不瞑目，八十多岁的老母亲无可奈何地天天在村头伫立，望穿双眼，你不怕冥冥之中有更可怕的报应么？

在这起案件里，人们再清楚不过地看到了我们为保护自己的安全而建立的政府是如何异化为我们的对立面，再清楚不过地看到了执法和司法机关是如何不能化解反而加剧民间的冤情以及百姓之间（例如，吴留锁与王怀斌两个家庭之间）的嫌隙，再清楚不过地看到了与庞大而且相互推诿的官僚们的私利和麻木相比，一介小民的生命和自由是多么的微不足道！

十四年过去了，还要再拖下去么？我们呼吁，立即无条件释放吴留锁，并依据国家赔偿法，赔偿吴留锁的一切损失；对相关责任人一律追究责任，该负法律责任者负法律责任，该经济处罚者拿钱出来，该辞职者不要再赖着不动，支支吾吾地把责任往下属身上推，该道歉者快点到洛阳电视台上诚恳地作检讨……

“中国的人权具有三个显著的特点，一是广泛性……二是公平性……三是真实性。国家为人权的实现从制度上、法律上、物质上给予保障。宪法和法律中规定的各种公民权利，同人们现实生活中所享受的权利是一致的。”国务院新闻办公室《中国的人权状况》白皮书如是说。

附记：近读滋贺秀三关于中国传统法文化的论文，称中国古典司法制度所信奉的“口供主义”导致的困境：“遇到嫌疑浓厚却坚决拒绝自认的人就会一筹莫展，作为打开局面的对策，一方面不得不允许刑讯逼供……另一方面，连刑讯拷问也没有效果的时候，不知何时才有结论的长期未决拘留这种弊病的产生就成为不可避免。”他举了一些史料中的事例，如董沛的《汝东判语》记载某被告因拒绝承认罪状而被未决拘禁二十八年，只有在狱中等死；桂超万的《宦游纪略》记载一个“主犯”因长期未决拘禁已死在狱中，已被拘禁达十五年的另一“从犯”被保释。参看滋贺，“中国法文化的考察”，载《明清时期的民事审判和民间契约》，法律出版社 1998 年版。过去的一个经典说法，叫“历史的经验值得注意”，今天，我们分明为历史的连续性而不寒而栗。99 年 3 月 15 日记。

原载《粤港信息日报》1998 年 9 月。

上传时间： 2001/9/15　　文章来源：《运送正义的方式》

税收奠定宪政基础

by 贺卫方

贺先生注：2003年1月14日夜写就，发表于16日《南方周末》，标题改为“人大审查财政预算的意义”，文字也有些改动，现恢复原貌。

随着中国法治建设的展开，宪法以及宪政问题愈来愈受到国人的关注。实际上，所谓宪政，最重要的内容不外乎相互关联的两个方面，一是公共权力受到宪法以及法律的严格限制，二是公民权利得到法律的严格保障。乍一看，在现代社会里，这两个准则似乎是当然的事情，然而，正所谓“成如容易却艰辛”，在东西方不同社会的历史发展进程中，限制公共权力的过程都是一件十分艰难的事情。困难在于，几乎没有一个统治者不宣称自己是人民利益的代言人，进而追求不受限制的权力。要对于这种权力加以制约，需要有相当坚实的理论论证，同时，也需要出现有助于形成对于权力加以制衡的社会结构。

考察西方宪政发展的历史，我们看到，使得国家权力受到控制并走上规范化轨道的因素多种多样，例如，古希腊的民主实践以及受到这种实践影响所形成的治理传统，亚里士多德等古希腊以及古罗马的哲人们所创造的自然法学说，基督教神学以及教会对于王权强有力的制约，等等。值得注意的是，在第一个建立了宪政体制的国家——英国——的宪政发展过程中，一个非常世俗化的因素起到了十分重要的作用，那就是税收。

自古以来，作为平民百姓，向国家缴纳赋税似乎是一件天经地义的事情。虽然在西欧的封建时代，封主与封臣之间权利义务具有明显的相互性，封臣作出贡献的前提是封主对封臣提供必要的保护，不过，很少有人对于这种关系提出法理阐释。尤其是国王在税收方面的权力几乎是不受限制的。然而，到了1215年，英国的贵族们对于国王的横征暴敛却再也忍无可忍，奋而抗议，开启了宪政史上的新篇章。据史书记载，当时的国王约翰残忍、卑鄙、无信、意志薄弱而又缺乏弥补缺陷的美德。但是，偏偏是这样一位国王却好大喜功，与法国开战，与教皇斗法，结果导致国库亏空，教士怨怒，贵族反抗。内忧外困之下，约翰王不得不与大主教兰顿所领导的贵族们谈判，接受后者提出的限制国王权力的要求，收入这些限制的法律文件称之为《大宪章》。其中引人注目的条款之一便是贵族要对国王征税的权力行使监督权：未经由贵族代表组成的大会议的同意，国王不得征收兵役免除税和传统的封建三捐之外的助捐。

在制定的时候，《大宪章》本身具有明显的封建背景，但是，它却逐渐演变为英国的第一个宪法文件。它昭示了代议制民主和现代法治的一些基本准则：未经纳税阶层同意的征税是非法的；纳税的标准必须由纳税人的代表决定；国家财政预算及其支出要受到代表的审查和同意。由这些代表所组成的大会议后来成为近代议会。一直到美国独立战争时，那句响亮的口号也与《大宪章》有着密切的关联——“无代表，不纳税！”

回到我们这里，不难看出，在改革开放二十多年之后，随着人们的权利意识的逐渐觉醒，税收问题也愈来愈受到广泛的关注。当然，过去强调更多的是公民的纳税意识，就像我们在

城乡各地经常可以看到的那个大标语所写的那样：依法纳税是每一个公民的义务。实际上，直到眼前的刘晓庆事件，许多报道的侧重点仍然是要人们从这个事件里吸取教训，即使是社会名流，也必须照章纳税，不可心存侥幸。但是，政府向人民征税的合法性基础是什么？在税收标准的确定、国家预算的制定、财政状况的审查等方面，我们的人民代表大会究竟应当发挥怎样的功能，目前这样的功能是否得到切实的发挥，为什么不能发挥，如何通过税收问题推进政治的民主化进程……凡此种种，却显然着墨不多。与此相对应，各地人民代表大会对于税收以及财政事项进行细致入微的审查的情况也是极少出现的。一些庞大的公共工程、对外援助、预算外财政的具体筹集和支出状况，凡此种种，大多由主官部门甚至个别领导人拍板定案，而无需人大审查。这样的做法已成惯例，不仅最高层如此，各级地方政府也照办不误。建立议会而议员却不对纳税人的税款流向进行认真审查，这可以说从根本上违反了设置这一机构的初衷。

曾记得若干年前某报章的一篇报道，说克林顿总统入主白宫，春风得意，谢友朋，宴宾客，好不快活。然而，一个月之后，白宫内部财务主管送来帐单，足让第一夫人希拉里大吃一惊——帐单上水费、电费、茶点、招待来客和赠礼花销、公务之外的用车花费……事无巨细，一一罗列，并且当然是要总统掏自己的腰包付帐。之所以要这么仔细地算帐，是因为总统虽然是行政首脑，但是他的花销却并不都是国务开支；为私的开销必须与国务开支清楚地区分开来，以便议会进行条分缕析的审查。真正是群己权界，判然两分。改用一句著名的诗句，可谓“国会议事非容易，应当锱铢必较看”。

总之，政府收了人民的钱，就必须让人民充分了解这些钱的具体花费情况，这是现代政治的基本要求，是政府不可推卸的责任。我们从这里也可以看到使人民代表大会真正成为最高权力机构的契机，看到由于需要对财政进行专业审查而产生的人大代表专业化和专职化的需求，看到建立一个法治的也是更有权威的政府的机遇。归根结底，一个不受民意和法律约束的政府最终也无法受到民意和法律的保护。

光绪十年（公元 1884 年），张祖翼游历英格兰，写下采风诗《伦敦竹枝词》，其中有描写议会者：“国政全凭议院施，君王行事不便宜。党分公保相攻击，绝似纷纷蜀洛时。”自注云：“国有大政，由议院上之女王画诺。主曰不，便可再议。主不能独创一议也。院有两党，曰公党，曰保党，各不上下。此党执政，则尚书、宰相、部院大臣皆此党人为之。进则群进，退则群退，君主不得而黜陟之也。”

这已经是百多年前的事情了。

感谢贺先生惠赐文章。

上传时间： 2003/2/9 文章来源：作者授权 本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

司法：强人所难的制度设计

by 贺卫方

说到司法制度，我们过去所取得的成绩是相当初步的。例如，就法律机关内部的情况看，它们之间的关系尚处在相当不顺的状态之中。我们制度设计所依据的基本上是欧洲大陆法系和苏联社会主义法系两者结合的模式，但是，法院处于怎样的地位，检察院对法院以及侦查机关的监督权是否正当以及这种监督权如何行使，具体运作过程中不同机关的相互制约如何实现等问题直到今天仍没有获得一个合理的解决。另一方面，从司法与社会之间的关系上说，虽然我国宪法明确规定法院依法审理案件，不受行政机关、社会团体以及个人的干涉，然而，奇怪的是，我们长期以来却明白无误地将司法机关置于同级党政机关的领导和控制之下，所谓“人财物”都要仰赖同级党政权力，在这种情况下，欲令法院独立审判，岂非强人所难？归根结底，司法难以获得真正的独立的原因在于许多人对此存在着种种误解。例如，认为司法独立可能削弱甚至危及党和政府对社会事务的领导。独立的司法当然会造成社会管理上的差异，当然会在某些问题上，法院表现出不那么驯服，然而，我们应当看到，法院的独立是一种双向的，它固然要制约政府的权力，例如行政机关要征用土地，而法院可能以政府给予的补偿过低而判所谓“钉子户”胜诉；警察获得的某些证据可能由于来源的不正当（如刑讯逼供、非法搜查等）而在法庭上遭到拒绝，即使这些证据能够证明犯罪事实，但是，法院的存在本身就是对民众的制约，它将民众对政府的不满引入法律的规范中加以解决，并且通过司法活动宣示了社会中秩序与正义的准则。法院通过独立而公正解决各种纠纷而使得社会中的冤情和抑郁得以释放，从而为社会的安定团结提供了可靠的保证；在法庭上获得正义的人们不会上梁山。甚至可以说，司法独立是政府以及政府官员威望得以提高和维持的重要前提。官员由于有独立的司法而不得不谨慎从事，特别检察官的存在使得美国总统不敢越法律雷池一步，这是限制，更是保护。想想面对十六年牢狱之灾的陈希同，想想死于非命的王宝森，假如北京市也有特别检察官和独立的司法体系，当陈王之类刚开始其腐败行为，便毫不迟疑地立案调查，大不了是个辞职的后果。更不消说如果有独立的司法制度，他们可能就不会有腐败的开始。所以，让司法体系处于依附状态，表面看起来似乎有利于保护官员，有利于保全政府威信，实际上却是将官员们置于高度的危险环境之中，将政府威望作为权术牌局的赌资，无论如何，这是非常不负责任的制度。

当然，在我们这里，司法独立的倡导者总是面临着一个痛苦的悖论：这样的司法人员和机关，不独立尚且弊病丛生、丑闻多多，如果让其独立，岂不是要给社会带来更大的麻烦？的确，我们的司法管理制度方面的种种弊端加剧了司法领域的难题。据我的观察，20 年来，我们对于究竟是哪些因素使得法院成其为法院，哪些因素使得法官成其为法官，很少作深入的探讨，人们只是在很表浅的层面上理解司法权与立法以及行政权力之间的划分，从而造成司法权行使过程的行政化以及法官管理方面的官僚化。我们法院的现状，颇有些类似于托克维尔批评大革命前法国的司法状况：“一方面，旧制度下的司法权不断地超出其权力的自然范围，另一方面，司法权从未全面履行其职权。”（《旧制度与大革命》，中译本，页 94）

法院过于积极地行使权力是长期以来我们的司法制度存在的一个大弊端。作为一个中立的裁判机关，法院只能够对案件与纠纷作出判断，并且判决应尽可能地以当事人所提供的证据为基础。过于积极地行使权力，使得法官仿佛忘记了职责的足球裁判，吹哨的同时也抬脚射门。当事人满腹狐疑是必然的。况且还有最高人民法院假司法解释之名，行越权立法之实，经常超越司法的范围制定一般性的规则。

此外，通过集体决策的方式强化对法官个人的控制，上级法院对下级法院具体案件审理过程的干预，“错案追究制度”这类伤害法官独立的做法的推行，凡此种种，这类问题的存在和在某些局部的加剧，使得司法机关的公信度非但没有提高，反而呈下降的趋势。考虑到在社会转型期中司法对于及时而公正地处理纠纷、创制合理的法律规范以及在更广泛的社会层面上树立正义的风纪，从而保持社会的稳定和人民对政府和国家的信心等方面的重要性，我们必须对司法制度存在的上述种种弊病尽快地加以矫正。

转自北大法律信息网。

http://211.100.18.62/research/academy/details.asp?lid=366

司法的公开与公正

by 贺卫方

背景：司法公开与群众路线

在现代中国讨论司法公开的问题，我们不能忽略一个重要的背景因素，那就是，长期以来，我们在司法领域倡导的群众路线，以及在这个基础上形成的各种具体的制度和做法。

早在中华人民共和国第一部宪法即1954年宪法就明确规定了公开审判的原则，“人民法院审理案件，除法律规定的特别情况外，一律公开进行。”所谓“法律规定的特别情况”，其实也没有什么法律加以规定，按权威的解释，是指“有关国防、军事的机密及私人隐事”两种情况（参看1954年11月28日《光明日报》社论）。当时，这种公开审判是作为司法民主化的重要组成部分加以强调的。1954年10月16日《人民日报》发表王怀安的文章“我国人民司法制度的优越性”，指出：“由于我们人民法院的审判是代表着最广大人民的最大利益，因而也是代表着真理与正义的。正义的审判就没有什么 （此处原文为乱码） 的地方，它就敢于公开进行。”他指出公开审判的意义在于两个方面，一是将法院的活动置于广大群众的监督之下，从而更加保证审判的正确性。二是可以发挥人民法院对人民群众的教育作用。作者还表示，“遇着同广大群众利益有关的、富于教育意义的典型案件，还特别选择最便利于群众参加的地点和时间，以吸引更广泛的群众来旁听。”

了解现代中国司法历史的人们都知道，随着50年代后期政治气候的变化，这种公开审判制度愈来愈变成发动群众，开展阶级斗争的工具。而且，缺乏程序观念和必要的权力制约，使得公开本身也打了折扣，公开经常被滥用，只是形式上的当众宣判，而实际决策的过程则是那些现场的观众所看不到的。至于文化大革命中盛行的那种以公开审判之名，搞大批判式的草率审判，在高度情绪化的场景下，草菅人命、任意判刑的事例，则更是令人不寒而栗的

前车之鉴。这段历史告诉我们，司法公开固然是十分重要的，但是，如果没有相当健全的法制，没有严格的法律程序，没有一个追求正义的司法官员群体，公开可能适足成为使司法更加随意的因素。

又提司法公开

在今年的全国人民代表大会上，前司法部部长肖扬当上了新一届最高人民法院院长。上任伊始，这位新院长便推出了对法院制度的若干改革措施。最引人注目的有二，一是在全国法院系统开展“教育整顿”，以扭转目前司法界腐败之风愈演愈烈的势头。一是大力强调司法公开，要求通过将法院的大门向公众以及传媒敞开，从而强化对法院审判过程的监督。在这样的背景下，我们看到，某些法院（例如北京市第一中级法院）宣布，除了依据法律规定不公开审判的案件之外，所有审判均向公众开放，并允许传媒“自负其责”地对审判过程作出报道。紧接着，中央电视台于 7 月 11 日破天荒地对北京市第一中级法院的一起审判向全国作了实况直播。这些举措很自然引来各种传媒的关注和好评。

其实，在文革结束以后，审判公开的原则一直得到我国的宪法以及刑事、民事以及行政诉讼法的确认。例如，1982 年颁布的现行宪法第 125 条就明确规定：“人民法院审理案件，除法律规定的特别情况外，一律公开进行。”例外情况指哪些情况终于有诉讼法作具体规定，指的是涉及国家机密、个人隐私以及未成年人案件。1981 年底到次年 1 月，最高人民法院特别法庭对“林彪、江青反革命集团案”进行审判期间，中央电视台曾向全国播出经过剪辑的审判录相，引起了海内外高度关注，被认为是中国现代司法史上的里程碑式事件。

然而，从那以后，在不搞阶级斗争和群众运动的时代如何落实审判公开的原则，我们的各级法院却愈来愈少去关注。在实践中，种种有碍于而不是有利于司法公开的做法开始逐渐流行起来。今天，最高法院还要如此郑重其事地要求各级法院贯彻公开审判的原则，正是因为现状不尽如人意——如果在过去的 20 年间，我们严格地奉行了这一原则，这个要求不就是多余的么？

暗箱里的操作

我们可以不讳言地说，在大多数情况下，20 年来我们的法院并没有执行公开审判的规定。这不仅仅表现在法院一直是戒备森严、“闲人”免进的衙门，而且法院还通过一系列具体的措施强化了司法决策的封闭特征。举其要者，例如案件卷宗的所谓“正卷”、“副卷”两套卷宗的做法，当事人及其律师以及检察官所能够查阅的只是正卷，而副卷却由法院内部控制，外人无权查阅。然而，问题的关键在于，某些影响案件判决结果的因素——合议庭成员以及审判委员会中的不同意见、上级法院以及某些有权者的就案件处理结果所作的“指示”等等——恰恰只有副卷之中方有记录。于是副卷就成为名副其实的暗箱。

封闭措施又体现为将庭审过程与实际的决策过程相分离。不少案件的决策权并非由主持庭审的法官把握，而是操纵在法庭中的人们所看不见的某些人——如审判委员会委员们——

手中；庭审过程成了走过场，如同我们经常听到的一种说法所描述的那样，“判者不审，审者不判”。如果说，庭审过程由于双方当事人在场还能够起到某种监督作用的话，审判委员会的讨论与决策又有谁人监督呢？

司法判决书的神秘主义是暗箱作业的另一特征。长期以来，我们法院的判决书的风格一直是惜墨如金，言短意薄，通常只是简单地将法院认定的案件事实描述一下，接着就引用某个法律条文作出判决。在这样的判决书中，人们看不到法官对双方当事人及其律师所提出的主张以及相关证据的详细回应，看不到法官对何以引用此条文而不是彼条文的论证，看不到法官对相关条文含义及其与案件事实之间的关联性所作的解释，总之，司法判决中不存在严格的法律推理。对于那些上下其手的法官来说，这样的判决风格实在是正中下怀，可谓“所欲胜固胜，所欲罪固罪”。这样的司法又如何能够依法保护公民权利呢？最可注意的是，这样的判决甚至无法成为追查责任的依据——最简单的文字留不下任何把柄。

秘密司法适足害司法

尽管公开审判的必要性已经为法院系统的许多人士所强调，然而，迄今为止，来自法院的声音大多是在“树立政绩”的层次上发言，或者说是法院为了更好地服务于社会主义市场经济建设，服务于社会所提出的新举措。很少有人揭示，公开审判的最大受益者恰恰是法院自己。反过来说，秘密决策削弱的首先是法院的权威，因为在现代民主制度下，司法权只是一种受托权力，它最终应当服从于人民的控制。司法过程的封闭既违反了民主原则，从而危及司法权的合法性和正当性，同时也加剧了民众对司法机关的疑虑，增大了司法权行使过程中的阻力和司法制度本身所承受的外部压力。最后的结果，司法机关在权力结构中愈来愈走向边缘化是必然的。

不仅如此，封闭司法也是与司法程序的内在要求相反对的。既然法院是纠纷的处理者或仲裁者，富于效率地解决纠纷、平息争议总是首先要追求的一个目标。那些能够使纠纷得到最有效解决的方案，往往并不一定是裁判者自身认为合理者，而是能够令纠纷当事人心悦诚服地接受的方案。如何才能让当事人心悦诚服？让争议双方把话说在明处，将证据摆在对方的面前，无所偏私的裁判者根据这些双方亲眼目睹、亲耳聆听的证据对于案件作出判决，这种完全公开的程序更有助于获得一个双方更容易接受的结局。相反，如果法院暗箱作业，当事人就无法对法院产生信任，即使是一个公正的判决结果，他也会满腹狐疑，怀疑对方当事人通过某种不正当的幕后交易获得了更多的利益。最终，法院将招致越来越多的抱怨和抵触，承受越来越沉重的社会压力。眼下那么多经济纠纷案件的判决难以执行，一些人归咎于公民的法治意识淡薄，有人说根源在于司法领域的地方保护主义，可是，司法过程的封闭特征不是一个更明显的原因么？

原载《工人日报》1998 年 12 月 31 日。

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《运送正义的方式》

司法对新闻自由的保护

by 贺卫方

在司法与传媒之间关系方面，除了传媒监督司法的重要性以及这种监督所应当遵循的必要规范之外，司法机关应当如何更好地保护新闻自由也是其中不可忽视的重要内容。而且，近年来涉及传媒的名誉权官司愈来愈多，一些似是而非的做法已经对新闻自由原则构成了程度不同的伤害，因此亟待研究和解决。

我国宪法规定："中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。"同时，又规定："中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯，禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。"从理想化的角度看，言论与出版自由的权利与公民的人格尊严权利之间是相辅相成、相得益彰的。自由意味着可以从事法律许可的任何行为；超出法律的范围，损害了公民———民法通则更在公民之外加上了法人——的名誉权，"被欺凌与被侮辱的"人以及机构当然有权提起诉讼，侵犯名誉权者要停止侵害，消除影响，赔偿损失。构成诽谤罪还要承担刑事责任。这似乎是天经地义的事情。

然而，现实比理想状态要复杂得多。所谓新闻，报道真实情况固然是它的重要使命，但与此同时，它还必须尽快地作出报道。既要真实，又要快速，二者之间必然存在着内在的紧张关系。"于传播资讯之过程中，要求传媒所及之任何事实均属正确无误，恐非易事。对以此为业者，此种天衣无缝之要求标准，更系难如登天，故对被告至为不利。因此原告之名誉虽得确保，但同时却可能影响他人意见表达之自由。尤其原告为公务员，而被告为反对政府之人士的，妨害名誉之法制即可能成为政府打击异己之利器，法院亦因此于无形中被利用为政治压迫工具。"（法治斌著《人权保障与司法审查》之"论美国妨害名誉法制之宪法意义"，月旦出版社 1994 年版，30 页）世界上一些讲求法治的国家已经注意到这个问题，例如，早在 1964 年的《纽约时报》诉沙利文一案中，美国联邦最高法院便判决认为，所有情节均须属实的要求势必会导致自我审查（self－censorship）的后果（New

York Times

Co．v．Sullivan,376U．S．254）。我们也可以想见，在报道任何事件的时候，如果传媒都谨小慎微，"治学严谨"，对所有细节均要考证准确，那么就是以科学家的标准要求记者或传媒文章的作者，新闻本身的时效性便谈不上了，言论自由的生存空间（brea

things space）必丧失殆尽。

不仅如此，任何揭露性的新闻报道，即使是全部细节均为真实的报道，也必定使被揭露者尊严受损，名誉下降。况且法律上所谓"侮辱"在实际生活中不大容易给出一个严格的界定。不久前的一个案件，原告人指控一篇报道中使用的"专横跋扈"、"刚愎自用"等词汇构

成了对他人格尊严的侮辱，他认为自己是“刚毅果敢”、“当机立断”。对同一种行为，视角不同，所用的描述语言会出现很大差别。怎样是正当批评，怎样是恶意侮辱，二者之间难以找出泾渭分明的界限。如果没有立法上以及司法过程中形成的严格解释，承办案件的法官就会无所适从，当然，腐败也可能在这种法律的漏洞里繁衍滋长。一些名誉权案件的当事人千方百计力求使案件在本地法院审理，当然不是偶然的。

我国法律以及司法解释中有关名誉权规定存在着的一个重大缺陷是，我们从来没有在可以提起名誉权诉讼的主体方面作深入的考量和区别对待。实际上，对不同主体加以区别是十分重要和迫切的。例如，国家公职人员的诉讼资格就需要加以限制。由于公职人员握有相当的公共权力，行使权力的过程和方式是否合法，乃至日常言谈举止是否妥当，对于社稷安全、公民权利的保障关系极为密切，理当受到传媒更为严厉的监督。如果允许公职人员轻易地提起名誉权诉讼，则必将导致对传媒的压制，言论自由的权利将会丧失。至于公众人物（通常包括一些社会名流、影视或体育明星、社会团体领袖等等，也包括由于卷入重大事件而暴得大名的普通人），之所以得到与公职人员相当的对待，是因为这些人物也拥有对社会巨大的影响力，同时也受到媒体更多的关注，因而拥有利用传媒澄清不实报道的能力。这也是对等原则的体现。

限制诉讼主体的资格，意味着法院在受理案件之前，应当对原告人的资格以及相关证据进行更严格的审理。对于原告人没有确凿证据显示传媒恶意侵权的诉讼，法院不应轻易受理。这里所考虑的仍然是传媒尤其是敢于直言的传媒的生存空间问题。假如凡起诉法院均受理，传媒必将频频涉讼，而且在目前新闻管理体制导致“异地监督”成为流行做法的情况下，传媒接到的将大多是来自外地法院的出庭传票。高昂的律师费以及差旅费势必使传媒不堪其苦，且不说败诉，就算是全部案件都胜诉，恐怕也是“惨胜”。因而，尽可能减少这类诉讼给传媒带来的无奈和劳顿也可能是明智之选。

可是，如果传媒都由于这种“惨胜”而三缄其口，我们的社会将会为此付出更为惨重的代价。在这里，法律界实在可以说是责任重大。我们需要在个人权利与言论自由之间作出更好的平衡。很显然，两者都很重要，不过，在许多情况下，要使两者都得到完善无缺的保护却是人力所无法达到的境界。人们只能有所取舍，追求有助于良好制度形成的平衡。

作者小传

贺卫方，男，39 岁，山东省牟平县人。西南政法学院法学学士（1982 年），中国政法大学法学硕士（1985 年），哈佛法学院访问学者（1996）。自 1985 年起在中国政法大学任教，1995 年调至北京大学法学院任教。现为北京大学法学院教授，司法研究中心副主任。主要著作包括《司法的理念与制度》、《法边馀墨》、《走向权利的时代》、《中国法律教育之路》等。另有译著四五种，论文若干篇。

上传时间： 2001/9/15 文章来源：法制日报 1999 年 8 月 5 日第七版

司法改革八大难题

by 贺卫方

编者按：2001 年 12 月 21 日，海口市中级人民法院有幸邀请北京大学法学院博士生导师贺卫方教授作了一场题为《司法改革纵横谈》的精彩演讲。贺教授在法学界素以直抒胸臆、洞见深邃著称。贺教授富有磁性的演讲，深入浅出地阐述了我国司法改革的方方面面，再次让海口中院的法官们领略了他深厚的法学功底、谈谐幽默的语言风格和缜密的哲学思辩；我们现将贺教授的演讲整理成稿，并予以刊载。以飨广大读者。

今天，我感到非常荣幸，能够到在我国具有影响力的海口中院与各位法官、领导作一次交流。这是我第二次到海南，第一次来是 95 年，是在非常热的夏天来海南转了一圈，海南美丽的风光、富饶的物产以及心灵非常美好的人民都给我留下了非常深刻的印象。这次来到这片热土，发现有了很大的变化，一些过去非常非常热的东西，现在变得不是那么热了。但我发现我们海南的法制建设，我们海南法院的改革仍然保持着一个非常旺盛和良好的势头！我知道海口中院法官们的学历层次非常高，不仅有许多本科毕业生，而且有许多硕士和博士毕业生，这样高素质的法官队伍，可以说是司法公正的一个重要的保障。现在整个社会无论是在政治、经济、社会层面上都形成了一种对司法制度和法院公正的强有力的期待。下面我就中国司法改革讲八个方面的问题。

一、如何建立一种与行政区划相分立的司法区划

咱们国家是一个具有相当悠久历史传统的国家，地域的划分是非常具有历史意义的一种划分。我们现在思考司法改革时，总觉得一个问题纠缠不清，那就是司法的独立性怎么获得保障的问题。我们发现在现在一种体制下，我们的司法没有办法得到独立，虽然上面号召我们不要搞地方保护主义。但是，我要说，作为基层法院的院长，或者甚至是省级法院的院长，他们怎么能不搞地方保护主义？一个法院里面几百口子的人衣食住行、生活福利都压在法院领导班子的肩膀上，当本地的领导包括行政领导、党的领导、人大的领导认为案件应当作出对本地的当事人有利的判决时，在我看来，作为院长他很难抵制，与此同时他也不应该去抵制。因为现在的体制规定了你的福利、你的经济命脉把握在人家的手里。美国的国父、美国著名的政治家汉密尔顿曾经说过："就人的本性而言，对一个人的生存有控制权，就等于对一个人的意志有控制权。"在这样的情况下，中国人也说："吃人家的嘴软，拿人家的手短。"这是没有办法的事情。我们在制度建设上面，绝对不应该让我们的法官也好，院长也好，冒着杀头或者撤职的危险去追求司法独立，象过去毛泽东倡导的那样"三不怕"——不怕坐牢，不怕杀头，不怕离婚。我认为让他们承担这样过分的职责是不公正的、不公平的。

司法完全被地方所控制，行政、立法、司法，三者跟行政的区划完全重合。这是中国的治国方面的一个很大的问题。美国在独立战争之后，许多人在探讨着如何去设计这个国家的权力——行政的权力、司法的权力、立法的权力。比方说，要建立一个民主体制的时候，如何保证少数人的利益不总是被多数人所压制，如何对待少数人，如何保护少数人的利益，如

何防止多数人暴政的问题？美国的国父们不断地讨论这样的问题。首先运用了代议制的方式而不是直接民主制，就是由职业政治家来代理人民的利益。我们知道美国议会的议员中，有一半以上是学法律出身的，做过律师的人。这些人比较理智，能够把人民情绪化的东西加以过滤，使得对少数人的压制不至于太过分。当时的国父之一麦迪逊说，实际上在一个大的国家里反而不容易形成一个稳定的多数派，有一些人在战争的问题上可能是多数派，另外一些人是少数派；但是关于同性恋的问题呢？少数派和多数派可能发生变化，多数派和少数派的变化是一个多民族的人数众多的国家里的一个非常好的现象。美国这样一个由律师建构的国家，因为美国的独立宣言的签名人中，竟然有 60％以上的人是律师，律师建构的国家最大的好处就是关心制度的建设。许多法官读过《联邦党人文集》这本书，你读一读那本书就会感动，一个国家即使是律师领导的革命，它也不是轻易的，它需要认真地研究怎么去设计这样的权力，怎么去平衡不同权力，怎么去防止可能出现的专横或者专制？这是一件伟大的工程。但是我们没有这样的一个观念，我们到现在还没有出现这样的著作，没有认真地探讨一下权力如何分立？

与这种不探讨相适应的是我们各个方面制度的建设没有非常严格、审慎的考量，我们刚才说了行政权力在中国是一个非常强势的权力，它的区划是非常地清晰、非常具有历史感的，司法的权力、立法的权力也完全跟这个权力相重合。我们的议会也完全是按照行政区划来划分，这样的一种地区划分最大的弊病是什么呢？最大的弊病是使得这种审议的过程经常变成了一个省市地区的扩大会议。那么，应当怎么去建立一个人民代表大会制度，能够确实有效地实现我们宪法中所规定的人民代表大会是我国的最高权力机关这样的目标？我们没有考虑，只是觉得我们只要代表了，它就可以建立一个好的代表大会，我认为这个可能是我们的政治中很大的问题。

我们现在处于一个大同的时代，商品高度地流通，在这种流通的背后可以说有一个法律规范的网络保证着这种流通、这种交易的安全，这种网络必须有统一的游戏准则，且不因为地域的差别而有所差别。比如海口的法官作出的判决，在基本的原理方面，基本推理的模式方面要跟山西的法官没有太大的差别，这样才能保证一个海口的商人跟一个山西的商人可以做生意。我们都知道现在的当事人不完全这么考虑，我们的当事人多多少少有一点主、客场意识，有点儿象踢足球的，有一点儿球迷的心态。大家觉得，打官司嘛，在本地打就好打一些，到了外地，人生地不熟，这个客场官司太难了，人出远门很难啊!

这样的一种对司法不信任的原因就是来自于司法地方化，我们的法院完全被地方控制，法院的院长由地方的人大来选任，法院实际上是由地方的党的组织部门来决定，法官们也都非常的地方化。我们能不能建立一个制度来去作一个划分呢？我们能不能不要把法院的司法区划与行政区划完全重合，最高法院也可以不放在首都，象德国就是那样，而且司法独立要有形地独立。我们从基层法院到最高法院可能都可以考虑这样的思路，能否把这样的分离从基层到最高法院能够贯彻到底，能够使得我们的法官们、法院院长们不需要冒着杀头危险、免职的危险，就可以独立追求公正。说老实话，只要财政方面、人事方面不受地方的牵制，法官的公正、法官的独立根本没有问题的。我们从来不说军队有什么问题，军队为什么不服从地方党政的领导？我们在军队方面，它的建立就是国家化的思路，而在法院的建设方面我们就是地方化的思路。我注意到肖扬院长也说了：某某法院不是某某地方的法院，而是中华人民共和国在某个地方的法院。我们今后也许要在这个方面走出相当重要的步骤，我希望能够在三、五年内，使得中国的司法区划和行政区划分离。

二、提高司法官员的选任标准，改善司法官员的选任程序

司法的职业，从历史的发生学来说，我们知道，在从前我们曾经有过神明裁判，世界各国民族都出现过神明裁判，到现在有些地方还有所谓的鳄鱼裁判法。鳄鱼裁判就是两个犯罪嫌疑人说不清楚是谁犯了罪，那好办得很，把他们绑到湖边上第二天早上来看，谁被鳄鱼吃了谁就是有罪的，这就是鳄鱼裁判法。那么，神明裁判法意味着人们把疑难案件的解决寄托于一种神，寄托于一种超自然的力量。后来随着人类智慧的开发，人类不再把所有的东西都交给神，人们开始把裁判的角色交给人。但是人这个角色怎么才能够有效地解决纠纷？我们发现纠纷的解决不是一件很容易的事情。双方当事人的利益发生了极大的冲突，然后两个人要找一个说法，于是就自然而然地想到法院来，找我们法官。法官代表的是国家的司法权，背后有国家的强制力做保障。但是在我看来，完全依赖于强制力的司法决策恐怕是不可以维持长久的，因为，司法决策还必须有其他的方式去论证，使得人民心悦诚服的接受这种判决，尤其是败诉方的当事人能够接受这样的判决，至少不至于攻击这样的判决。我们法院这个角色实际上是很艰难的角色，英国的一位法官说：法官这种职业一辈子在做着别人避着唯恐不及的事情。法官这个职业非常的特殊，总是不能够做到双赢，叫人民满意，它的结果总有一方败诉，这是最麻烦的事情，败诉的当事人肯定心里不满意，所以最多能让一半人民满意，搞的不好的话，一多半人民都不满意，因为胜诉的一方还觉得胜得不够，胜得不过瘾。

美国让法官终身制，法官高龄化，为什么要走这条路？主要是为了使每个法官保持严格的中立性。美国法官是总统任命的，不受选民的制约，人民没法控制他。法官一经任命，终生任职不得罢免，除非行为严重不端，要罢免一个法官是极其艰难的事情，而且没有任期限制。美国的霍姆斯大法官 62 岁担任最高法院大法官，象我们这儿 62 岁，都回家养鸟、种花、钓鱼去了。但是，他 62 岁才被任命为法官，他工作到 91 岁，他是美国历史上最伟大的法官。如果他们要是有 60 岁强制退休制度的话，美国人就会永远丧失掉这样一个伟大的法官。干到老，学到老，意味着一个人他不受任何的诱惑或者恐惧，他可以深思远虑，他可以考虑民族的长远利益，所以美国的三权分立是非常独特的模式。这种制度的安排使得法官变成非常超然的、不受外部控制的一种官员。

法官这样的职业需要什么呢？需要的是一种司法的威严，让法官在人民的心目中地位崇高，这个非常重要。比如，关于法官换服的问题。99 年的时候，最高法院终于决定中国的法院系统要改穿别的服装，不再穿从前的军警式制服，我们要改穿法袍。当时中国青年报对我有一个关于换服问题的采访，报道说："贺卫方教授是中国第一个主张法官应当穿袍子的人。"的确，我从 96 年开始就不断地写文章，试图去论证法官穿一身军警式制服是一种很荒唐、很莫名其妙的做法。随着司法界对外交往的日趋频繁，那身军警式的制服让我们的院长们以及法官们越来越不自在，外国的法官到我们中国的法院往往会出现误会，觉得你怎么把我带到军事法院上来了！我们看到外国法官穿一个法袍，很庄严、很肃穆，又不那么张扬，法袍确实是好东西，于是，我们也改穿了法袍。

法官穿上袍子意味着什么？这样的法袍实际上象征着我们对于法官职业非常独特的定位，营造法官这种角色、这种职业特殊的、极端的重要性。象香港、英国的法官不仅仅穿袍，还要戴个假发，那个假发怪异的很，跟我们在商店里买的假发不一样。我们有些朋友为了掩饰发源稀缺，到商店买一个假发戴上，它追求的效果是以假乱真。香港法官戴的假发，要是

让人半夜三更撞见的话肯定会把人吓死，它是生怕别人不知道那是假发。为什么要那样？它给人一种非人化的感觉，也就是说，戴上假发了就不仅是个人了，而且是个神，它是一种半神半人的一种追求。因为法官这个职业太特殊了，他应该与普通人保持一种明显的距离，这种距离不仅仅是一种职业生活的距离或者是知识的距离，而且外形打扮也要有明显的距离，要跟常人不一样，要不谁相信你。在这种情况下，就必须要想方设法的让法官的地位变得崇高，年龄要比较大一些，英、美国家的法院流行的谚语叫："法官老的好，律师少的俏"，法官不是越年轻越好。

有时候我们发现法官解决的纠纷比较特殊，我们审理的案件，涉及的问题除了是非问题之外，还经常有分不大清楚是非的问题。比方说：美国的一个经典案例妇女有没有权利堕胎？女权主义者认为这是我的身体、我的自由。老娘要把肚子里的东西做了你管得着吗？法律，什么法律！两千年来的法律历史都是男人压迫女人的历史，都是臭男人们制订出来限制我们女人的。但是，保守派认为，这是一种非常严重的问题。这不是杀人吗？当然是杀人。搞法律的人认为一个人从出生之时开始，他的民事权利能力就具有了。但是，生物学家就不会跟法学家的观点一致，在他看来，没有十月怀胎，哪有一朝分娩，没有上半场，哪有下半场，那不是生命是什么？你为什么要惩罚在大街上杀人的人，不惩罚在医院杀人的人，有区别吗？有区别。区别在于在大街上杀人的时对方可以反抗，在座的各位法官还可宣布无罪，那是正当防卫。但是在医院里被杀掉的可怜的小生命，他有任何交涉的能力吗？他有任何跟拿着手术刀恶狠狠的医生交涉的能力吗？你去杀害他这个幼小生命，不是更应当受到惩罚吗？其实法官很难判决这样的案件，这是一个所谓的"艰难案件"。那么在这样的一种胜诉和败诉的理由非常接近的案件中，什么因素能使得司法决策得到人民的接受？我觉得最重要的因素可能就是决策者本身，是他的崇高威望。

我刚才提到了所谓法官老的好，律师少的俏，法官越老越好，老的才有经验，老了才能对人情世故作出一些判断，我自己有体会。我人生中最大的体验就是在大学毕业实习期间处理的离婚案件，我一个没有结过婚的人，一个看起来很年轻的人，要说服别人珍惜夫妻的感情，还要劝人家说"一日夫妻百日恩"，说服力大大弱化了。西方许多国家就非常注重选任法官的标准，在美国和英国，几乎没有 40 岁以下的法官，一个人要担任法官，通常要从执业十年以上的律师或者检察官队伍里选任。在欧洲大陆国家，法官选任基本上还是比较高级的文官制度的选任方式，但选任法官的标准也是非常严格的，不是随随便便什么人都可以担任法官。

我国可以说长期以来在这方面的标准过低，文革前和文革之后的一小段时间，我们的法律没有规定任何标准，1979 年《中华人民共和国法院组织法》才规定了担任审判员的人应当具有法律知识，但这个标准比较模糊，导致了我们的法院系统没有任何标准。我们是不是在检察官、法官以及律师方面的选任标准应当提高呢？肖扬院长提出来了，要建立一种精英化的法官队伍，要减少人数，提高素质，我觉得都是非常重要的。建设一支高素质的法官队伍，高素质对于说服人民接受司法决策，对于给予市场经济的良好调整，对于我们整个人民权利的保障，对于民族的伟大的复兴都是非常重要的。

三、改善司法权的行使方式

司法权跟行政权以及立法权构成了国家的三种权力，我们知道它有一种互相的分立，这种分立不仅要体现在司法权要由专门的司法机构行使，也要体现在权力行使模式的独特性上我们知道司法权是一种解决利益冲突的权力，在解决相互冲突利益的时候，我们知道法官有一个所谓的回避制度，这种回避从基本原理来说，是要获得当事人对法官中立性和公正性的一种信赖，他不可以有任何方面的因素使得当事人对他的公正性表示怀疑。那么司法权这样的一种权力跟行政权对比，就产生了很大的区别，如果说行政权和立法权都是以一种积极的方式去行使的话，那么司法的权力必须要用一种消极的方式去行使。司法权力的消极性体现在多种多样的方面：首先，司法权必须受到严格的法律的限定，司法权力行使的范围受到国家法律的严格的限定，司法权所处理的对象只是案件和纠纷，他的职责中不包含制定一般性的规则，因为那是立法权的工作。我们看到，我们最高法院经常颁布跟国家人大制定的法律相配套的实施细则，这样的实施细则从一个司法权的性质来讲，我认为是超越了司法的权限。因为实施细则往往是一种以立法的形态呈现出来的，它不是在判决一个具体的案件的过程中对法律加以解释。法律是法官的唯一的上司，也就是说他只能够依据法律的规范。我们都知道一个法制国家的一个非常重要的前提就是法律的规范性，法律必须要以一种非常清晰、非常明确的规范来约束法官的一种可以裁量的问题的范围。法律是否明确，法律是否清晰，这本身是一个重要的法理的问题。法官在裁判案件的时候，要对案件的事实加以研究，并且引用特定的法律条文，经过法律的推理对案件作出裁判，这是法官的一个基本的职责。现在如果我们说在社会中有一定因素对法制本身有伤害的话，很重要的一点是法官在裁判案件的时候依据的规范并不是特别清晰，我们有时用红头文件代替法律的情况还很多。那么对什么样的案件，依据什么样的准则去处理就变得非常模糊。

司法的消极性还要体现在法官在司法判决过程中必须考虑对于有一些案件是否成热到可以通过司法的判决的方式来加以解决。比如美国，法院的权力非常大，如西红柿是水果还是蔬菜也是由法院判决决定的，以至于高到联邦总统由谁来担任也是由美国法院的判决来决定的。大家知道这是一种非常大的权力，但美国的法官经常强调一点：一种权力只有是有限的才是有效的。法院在程序的各个环节做了许多的限制，使得司法的过程不可以不断地耗费资源为一个案件颠来倒去，法院要体现这方面的消极性。在西方国家，一审法院要求当事人和律师一定要把所有的证据和法律的理由呈现到一审法院，到了二审的时候，你不可以提交新的证据，即便它是一个可能影响判决结果的关键证据。二审法院不审查案件的事实问题，这是法院的自律，是法官的一种限定。从法院的角度讲，这不是一个错案。要坚决维护这个判决的确定性，坚决维护原判。这也是司法消极性的体现。我们现在有时候二审时接受一些新证据，导致有一些狡猾的律师常常把关键的证据放在二审才呈现出来，使得我们国家的二审终审制形同虚设，这样的做法实际上是鼓励了律师对于法律程序漏洞的一种利用，破坏了法律的程序，同时使得一审的法官不受尊重。

司法消极性还体现在，对于没有起诉到法院的事物，法院不能够有所作为，法官就是一个坐堂问案的角色。我们国家法院现在面临的问题，可以说从马锡武时代就经常有这样的难题，我们要有服务意识，要讲究大众化，要走群众路线，在土改时为土改服务，在反右时为反右服务，大跃进时为大跃进服务，公检法三机关叫做“三马齐出动，拧成一股绳，下去一把抓，回来再分家。”没有任何程序意识，只有配合，没有制约，今天我们还有所谓的三长联合办公的做法，这就意味着服务。我们服务于伟大的文化大革命，服务没有多少年，法院被军管了，想服务都服务不了了。改革开放以来，我们要为社会主义市场经济建设服务，我们要为改革开放保驾护航，现在又为西部大开发服务。我们的法院在这样的司法过程中如何去体现自己的总体性？如何体现出自己是超越地方利益的范围之外的一种独立、公正的权利？

如何让当事人相信一个县法院并不是一个县的法院，而是中华人民共和国设在那个地方的一个法院，它是一个国家的法院，我们没有办法做到这一点。我们的这种不断积极进取，好象是要积极服务的做法，实际上我们没有意识到是我们这样的服务丧失了人民的信赖，当你北上黑龙江，南下海南岛，一个法官跟本案当事人出现到对方当事人的面前时，对方当事人会相信你是独立、公正的法院吗？不相信法院的中立性、公正性的当事人怎么可能愿意去执行法院的判决，所以司法判决的执行难象瘟疫一样在这个时代传播，其原因在哪里？我相信它是一个综合性的，不完全是公民的法律意识的问题，而在一定程度上跟我们的司法行为有密切的关系，我们司法行为不足以让败诉方当事人感觉到你的公正性、中立性。

司法的消极性还要体现在庭审过程中，我们要尽可能想方设法使得案件的处理结果的过程是水落石出、水到渠成的过程。也就是说，这个案件的判决结果不是法官人为地塑造出来的，是双方当事人互相打的结果。好的法官就象拳击裁判员一样。为什么拳击裁判没有我们这么多的对裁判的不满，就是因为它实在是一个自然而然的过程，而我们的司法过程中，是职权主义，有人说这是一种超职权主义，这种职权主义和超职权主义最大的问题是经常让当事人感觉到这个判决是法官愿意这么做的。我们应当想方设法让当事人觉得，自己败诉了是自己无能，或者说自己请的律师的口才太差了，在法庭上说不出话来，不能怪法官。法官就是一个中立的裁判者，你必须居中裁判，少说话。英国有句谚语叫：多嘴的法官没脑子。英国有一位哈利特勋爵，也是非常优秀的法官。当时有一位女士因为她的丈夫被压死了起诉煤矿管理委员会，哈利特勋爵主持这次的庭审，判决后，双方当事人都提起了上诉，要求对这个案件重审。重要的理由之一是哈利特勋爵说了太多话，双方当事人没有办法完整的呈现出自己法律的论辩，最后这个案件被发回原审法院另外指定法官审理。主持这个上诉案件的是著名的法官丹宁勋爵，他的判决书中有一句话的大意是这么说的：法官在庭审的过程中要保持高度消极性，这一点在我们国家的法律中要求得非常严格。哈利特勋爵两个月后在报纸上登出公告，辞去了法官职务。哈利特勋爵的辞职就是因为他多说了几句话。英美国家司法过程对于法官消极性的要求如此之高。

司法的过程是双方当事人用法律武装起来的一场战争，法官最好的定位是坐山观虎斗，如果你不安于这样的角色，反而走下战场，来到当事人的跟前，这时候由战争击起的硝烟反而会弥漫你的双眼，使你看不清楚案件事实真相。这就是弗朗西斯·培根大法官主张的：听讼时的耐心和庄重是一个司法官的基本功。

法官要有权威，就是少说为佳，这样才能真正保持中立，才能减轻败诉方当事人对于司法决策的抵触情绪，所以我们在司法过程中必须要考量这些因素。

四、改善司法管理制度

这也是法院作为司法机关和其他行政机关很重要的差别。如何使得我们法院内部人员之间的关系、机构与机构之间的关系以及机构与人之间的关系跟行政机关不一样，最核心地体现在我们司法的独立性，是每个法官的独立。法官是独立的职业，独立的人，法官最重要的品质是独立。为什么法官要独立？是因为法官行使职权与行政官员行使职权不一样。法官行使司法权力，处理案件是在特定的法庭上。法官在法庭上行使权力的过程，处理案件的过程，需要法官要有一个良好的观察与判断。司法的过程就是有一种亲历性，比如，证人在作证，

或者一一个当事人在陈述，法官要观察他有没有作伪证，神色怎么样。古人叫做："以五声听狱讼"，法官在司法决策的时候要听他的话，他呼吸的声音，他刚才说话的时候呼吸为什么有点儿急促？怎么突然口吃起来，脸为什么红了？为什么在发抖？这些都与案件有密切的关系，这时法官必须当面观察，当面判断。那么，司法的独立就必须要确立为法官个人的独立。我们的审判长选任制，就是走向个人独立制度的追求。但是我们仔细观察我们法院内部的模式，还是看到有许多不符合法官个人独立的种种制度。

我们讲司法独立，讲法院独立，基本上讲的是整个法院系统独立于外部，而基本上不讲法官个人的独立。我们建立了重重的监督机制，想方设法对法官监督，说是我们的法官素质不高，所以我们要监督。这里需要论证，监督别人的人是否素质一定比监督对象素质高，这本身还是一个问题，那么谁来监督监督者，这些都是值得思考的问题。最高人民法院的老副院长王怀安先生，前些年曾经大有感悟，说我们这个制度是不断地恶性循环的一种制度。人不是一种工具，不是被人盯着、看着的，那么现在说的是"盯关跟"，就是盯着你、关着你、跟着你，老是这样，天天这么个监督法儿，怎么能够让一个法官感到有尊严，我们法院怎么能够吸引优秀的人才？我们的最高人民法院对外招考十名学者型的法官，处级审判员，向外发布公告，限制条件非常严格，大学从事法律教学的教授，科研机构的研究员，一级律师，国家机关从事法律工作的正处级以上的官员。结果怎么样？报名者寥寥无几。

我们都知道在许多法制发达的国家，一个法学教授能够被任命为最高法院的法官，那真正是"鲤鱼跳龙门"，那是人生的至高荣耀。然而在我们国家，最高人民法院法官的这种崇高的职位，这种神圣的殿堂居然对学者毫无吸引力，对律师毫无吸引力，原因在哪于我作为一个学者，我多么荣耀，在北京大学的讲坛上我挥洒自如，我完全可以以自己的学识，自己努力的精神，跟学生诚恳地交流，来感动学生们，自己一辈子生活在校园里，跟这个国家一代一代的最优秀的年轻人生活在一起，连自己的心态都变得非常年青。大学的教授是没有等级的职业，我们从来不觉得我们法学院院长是我们的上级，教授和副教授的关系跟局长和副局长的关系很不一样。我们说一个副局长可能是局长的下级，我们千万不要理解为一个副教授是教授的下级，教授和副教授干的活是一样的，大家受到的礼遇尊重都是一样的，大家都是独立的。我们写了文章从来不需要送到法学院院长处审查，让院长看看能不能批准发表。况且我们的收入比国家领导人的收入还高，我还可以自由做我想做的事情，我一年出来到各个大学发表演讲的总数不下 40 次，这样的生活多好。谁愿意到那个毫无个性的官僚机器里边做一个毫无个性的螺丝钉。所以我们要好好检讨这样的机构管理制度到底出了什么问题？

我们的制度还在不断地强化着某种等级意识，我们的《法官法》解决的唯一不该解决的问题是四等十二级法官，法官这个职业跟教授的职业本质上来讲是一样的，它是一个非等级的职业，不应该有等级意识，法官独立性为它的最高品质要求，由于这种独立性才能保障司法的公正性。我们国家这样等级化的意识太强了，由于我国几千年来没有社会分工的历史，所以不同的行业没有办法发展出自己的一套评价一个人优秀成功的标准，所以我们所有的东西都被行政的那种级别化给套住了。我们的医院有等级，医院有局级医院、处级医院、还有部级医院。大学有等级，那天报纸上报道说北京大学被教育部批准为副部级大学，校长和党委书记享受副部级待遇。我们的和尚也分等级，杭州灵隐寺的住持据说是副局级和尚，因为他是省政协常委。我想这是我们要改变的东西，我们要在这个国家建立一种没有等级的法官职业，那么法院内部管理制度还有许多问题需要我们去关注，但是由于时间的关系，我不展开说了。

五、理顺审级关系，确保司法判决的确定性

我们国家司法决策的不确定是一个大弊端，最高人民法院现在推行公正与效率，什么叫效率？在于它能够使案件的纠纷获得确定性的解决，从而使人民能够安定地安排自己的生活，所以司法决策不可以象烙馅饼一样随便地翻来复去。我们的实事求是原则——以事实为依据，以法律为准绳，这样的长期的司法观念使得我们的司法决策没有办法获得这样的确定性。我们建立的申诉制度、审判监督程序、检察院的监督，现在人大的个案监督又使得这样的一种确定性更加不确定。没有办法。我们试图寻找一种非常的、没有错误的司法体系，而我们人是有缺陷的一种动物，我们没有办法建立一种制度真正能够达到有错必究、完美无缺的程度。美国联邦最高法院的一位大法官说的话非常富有哲理性，体现了司法内在的要求，他说：我的判决之所以是不可推翻的，不是因为我的判决是正确的，恰恰相反，我的判决之所以是正确的，是因为我的判决不可推翻。说得多好啊！司法决策过程中，的确有许多东西我们都知道它可能是有问题的，我们也可以说一定比例的错案率是一个良好的司法制度存在的前提条件，我们必须要保证这一点。否则的话，我们要为纠正少量的错误而导致整个社会资源巨大的浪费，司法是用纳税人的钱支撑的一个机构，它的运作也必须遵循节约的原则，我们所有的这些制度使得司法决策变成了一个不稳定的程序，也因此而激发了人民上访的愿望。我们有错必究，结果败诉方不服气，就要找人去帮忙，人大个案监督好啊，那么，法院必须要对这个案件重新审理，最后翻过来了；一翻过来那边胜诉的就又变成败诉的了，你能找人大，那我就不能找政法委书记来干预？政法委书记一协调、一干预，又翻过来了，那你能找政法委书记，我找省委书记好不好？然后又翻过来。你找省委书记，我找国务院副总理，又翻过来，就是这样。我们就在鼓励着这样的东西，我们就是这样实事求是地鼓励着。司法决策不能够搞实事求是，这是由司法的确定性决定的。

六、理顺不同法律机构之间的关系

我想主要是检察院和法院之间的关系，现在是一个很大的问题，因为这样的冲突损害的是两方面的共同利益，我们要有一种法律职业共同体意识。其实，尽管检察官、律师、法官，大家的指向不大一样，但实际上大家都是一家人，大家是一个法律职业共同体，这样的一种相互冲突会给法律职业共同体的团结以及法律的尊严都带来极大的伤害，那么我们需要理顺这个关系，怎么理顺？我的建议是把最高检察院跟司法部合并，司法部长就是国家的首席检察官，然后所有的检察官都变成一种行政化的管理模式，他们当然起诉犯罪，但是他们不再承担监督法院的任务，当然他们可以对警察进行更加确实有效的监督。法院就不需要监督了，我的建议是法院不需要监督，越不监督越公正，越监督越不公正。

七、理顺人大与法院之间的关系

人大跟法院之间的关系，我觉得这个问题现在变得特别严重。我到深圳去，到宾馆刚一住下，就看电视上在那儿放“深圳市人大发动败诉方当事人到人大举报法官”，结果所有败

诉的人都去了。我们真的需要想一想这个监督的正当性，你受过法律训练吗？你没有受过法律训练，你怎么知道案件确有错误呢？你说事后监督。一审完了是事后监督吗？一审完了我们司法本身内在的程序还没有穷尽呢，还可以上诉呢。二审完了是事后吗？二审终审制判决已经确定了，你再来个案监督更加剧了法律决策的一种不稳定性，这样的一种做法简直是匪夷所思，我不明白现在为什么搞出这么一个怪胎来。人大是应该监督法院、检察院，比如，如果法院的经费不充足，没有得到好好保障，你应该好好监督，你要监督一下财政为什么没给法院充足的经费；法院如果花钱花得不正当，你应该监督，因为要审查法院的支出，这个是应该监督；等等。而不应该监督的是具体案件的事情。在德国，如果一个议会的议员在议会里边讨论的时候举具体的案件，举法院没有审结的案件作为例子来批评法院的话，他第二天就要辞职，这是绝对不容许的，这严重违反权力分立的原则，侵犯了司法的独立性。所以我觉得必须理顺这样的关系。我当然强调人大的权利必须得到强化，中国的人大多多少少还是一个橡皮图章，还需要再强化它的权利，但是强化权利不能靠象老太太买柿子专捡软的捏。政府你监督不动，专门拿法院抓住不放，我觉得这个是需要解决的问题。

八、理顺法院与媒体之间的关系

在现在这个社会，司法越来越走向公正和独立，传媒也越来越走向活跃，但是传媒和司法独立之间的关系还是有很大的问题。首先是传媒不断地通过一种对个案的渲染，使得司法的公正性受到伤害，侵犯了司法的独立性。另外一个方面是法院如何保障新闻自由的问题。我们现在的《民法通则》中名誉权条款已经成为我们伤害新闻自由的很大的东西，许多报纸只要批评一个人，最后导致的都是名誉权纠纷，而法院判决的结果往往是那个被批评者胜诉。因为现在的媒体监督机制也是一个地方化的机制，所以报纸经常是异地监督，到外地去监督，比如说《南方周末》是一个敢于直言的报纸，但你很少发现他揭露广东的坏事，他揭露河南、湖南、湖北、海南的坏事都可以，但是广东他要注意，因为他是广东省委的报纸。等等。如果引起诉讼，对报纸来说都是异地诉讼，都是客场官司，那你客场打官司败诉简直成为必然，这对于我国为数不多又很虚弱的新闻自由从法律角度讲是另外一种伤害。所以我建议我们能不能重新反思这样的名誉权条款。

关于中国今后制度的发展，司法的公正我觉得是一个特别大的事情，我相信我们这一代人，在座的法官们，大家既是历史的见证人，同时也是历史的创造者。我们担任法官，我们承受着巨大的社会压力，但是我觉得人民对于司法的这样一种很苛刻的期望，是非常正当的，为什么在计划经济时代法院并没有受到人们这么多的关注？是因为计划经济时代法院不重要，现在人民对法院的期望值提高了，相应地我们如何通过自己的一点一滴的司法行为来积极地回应社会的需求，公正地回应社会的需求，逐渐地使人民对司法产生出一种依赖。

今天，我作为一个研究司法制度的学者，来向大家汇报一下自己的想法感到特别高兴。我也愿意自己随着研究时间的拉长，越来越溶入到这样一个群体之中，我相信我也是你们中间的一员，让我们一起为民族真正能够走向法制，一起共勉，共同奋斗！谢谢大家！

贺卫方简介：男，1960 年 7 月生，山东省牟平县人，北京大学法学院教授、博士生导师。1982 年毕业于西南政法学院（法学学士），1985 年毕业于中国政法大学（法学硕士）。1985 年起在中国政法大学任教并主持《比较法研究》季刊编辑工作。1995 年调至北京大学

法律学系任教。1992 年被聘为副教授，1999 年被聘为教授。1993 年 6-7 月美国密执安大学、1996 年 6 月-1997 年 1 月哈佛法学院访问学者。担任北京大学司法研究中心副主任，兼任全国外国法制史学会副会长，中国法学会比较法学研究会副会长，法理学会理事等社会职务。主要著作和译作有《新波斯人信札》（与梁治平、齐海滨等合著）、《外国法制史》（与由嵘、张学仁、高鸿钧等合著）、《美国学者论中国法律传统》（与美国汉学家 Karen

Turner 及高鸿钧合编）、《走向权利的时代》（副主编）、《法边馀墨》、《中国法律教育之路》（编）、《司法的理念与制度》、《法律与革命————西方法律传统的形成》（美国 Harold

J．Berman 著，与高鸿钧等合译）、《比较法律传统》（M．A．Glendon，M．W．Gorden 和 C．Osakwe 合著，与米健、高鸿钧合译）、《比较法总论》（K．Zweigert

& H．Koetz 著，与潘汉典等合译）、《比较法律文化》（Henry

W．Ehrmann 著，与高鸿钧合译）、《美国法律辞典》（Peter

Renstrom 编，主译）、《运送正义的方式》等。

本文原载于《海口审判》２００２·１（总第９期）

《海口审判》由海南省海口市中级人民法院主办

《中国律师》总编刘桂明郑重向网友推荐此文

上传时间： 2002/6/29　　文章来源：中国律师网 2002-06-25

司法改革与社会变革

by 贺卫方

古罗马谚语云：“有社会斯有法律”。不过，作为社会规范一部分的法律，也总是与特定社会的历史、结构以及文化传统密切关联的。从清末开始，中国建立西方式的现代型司法制度的时间不过近百年，而她的法律以及社会治理的历史却至少有两千年以上。这样的历史对比不仅仅可以表明现代法院制度在中国不过是一个新生儿，而且也意味着新制度建立的艰难。司法改革不仅仅涉及到法院或司法机构；它还涉及到社会调整以及国家治理模式的改变，涉及到社会意识的改变，甚至是人们思想方式的改变。

不妨举个明显的例子。就西方的传统而言，司法独立的正当性几乎是不言而喻的。孟德斯鸠的“权力分立”学说早已家喻户晓，成为社会共识——这样的社会共识对于制度的正常运作至关重要；在制度层面上，在司法与其他权力之间的关系以及司法自身的体制与程序方面也都形成了一系列稳定的保障。然而，在中国，传统的政府模式基本上是反分权的。从来没有独立于行政机构的专门化的司法机构，主持案件审理的官员也毫无法律专业训练，无从对本来就很粗疏的法律条文加以细致而平衡的解释，导致案件的处理几乎呈现出韦伯使用“卡迪司法”（Ｋｈａｄｉｊｕｓｔｉｃｅ）一术语去描述的那种状况。这样，我们既缺乏一个训练有素的法律职业群体，司法程序也不可能是将专业的法律知识运用于纠纷解决的过程。中央动员型的统治传统更加剧了人们对司法独立的陌生感。

在二十世纪中国建立现代国家的过程中，我们模仿西方模式建立了现代政府体制。但是，表层制度的改变容易，实际运作手段与过程的改变则很难。引进的新制度由于传统力量的影响而变形。就司法制度而言，尽管设置了独立于行政机关的法院，也在宪法上明确地规定了法院的独立性，然而，一方面百年来中国所面临的国际环境与所追求的内政目标难以使包容司法独立的宪政制度付诸实施，更重要的是，那些能够支撑这种独立性的社会意识以及具体知识却没有在更广泛的层面得以确立，法律职业的发育和法律教育的发展命途多舛，终究导致法院独立有其名而无其实。

这种书面制度与实际运作之间的反差也是今天司法改革所面临的大障碍。法院独立首先意味着法院在人事和财政等方面的独立。然而，实际做法却是法院在这些最要害的方面都受控于同一层次的党委和政府。试想，如果财政与法官选任方面法院不能独立，那怎么能够想像法院能在司法决策上拥有独立的意志？法律条文中许诺了司法独立，诉讼当事人当然有理由期望法院在司法决策时将这种许诺变成现实。然而，由于司法的地方控制，当案件涉及不同地方的当事人时，只能由其中一方当事人所在的法院受理，从而使得该地方法院极可能作出偏向本地当事人的判决。这不能不加剧民众对司法制度的不满和埋怨。解决这个问题的办法可能最重要的是设置不同于行政区划的司法区划，从而将司法权与行政权以及同级立法权完全分割开来。这是司法独立最基本的保障。

与此同时，我们也应当看到，一般大众固然经常是司法屈从外部权力控制的受害者，但是，另一方面，当今中国法律文化和政治文化中也的确弥漫着不利于确立司法独立原则的气氛。政治话语中见惯不怪的“一把手”等的表述，为“中心工作”服务的惯常思路，从某些知识分子到一般大众对集权政治所能够带来的社会动员力的青睐有加，都会形成对独立司法的抵制因素。不仅如此，近年来随着市场经济正当性以及依法治国的正当性的确立，法院在调整社会生活与社会关系方面正在发挥着愈来愈大的作用，整个社会也理所当然地增强了对司法界的关注。然而，由于司法界革除积弊、适应新需要的努力与社会期望之间的巨大落差，一时间大众传媒中充斥着对法院弊端的揭露，“司法腐败”已经成为街谈巷议的惯常说法。这样的舆论气候所引发的不是对司法独立的追求，而是对这一原则的恐惧和强化监督、控制的呐喊。如此一来，某种恶性循环便不可避免：因为法官素质不高，所以需要的不是独立，而是控制，由于受到控制和不得不屈从外部和内部的干预，因而司法官员本来就很稀薄的尊荣感就愈发丧失殆尽，对于没有了尊严感的人你又如何要求他表现良好？出现更多的错判和劣行将是必然的。于是，人们会说，这么严厉的监督居然还会出问题，难道不应当更加严厉的监督和控制么？

怎样走出这个怪圈？也许我们无从发现某个具有决定性的着力点。在我看来，有关现代

司法以及现代政府建构的基本道理的更全面、更深入的传播具有不可替代的重要性。与此同时，法院自身在法官选任、司法权行使方式、法院管理以及司法职业伦理等制度的建设方面更加明确、清晰和有力的改革也是十分重要的。

上传时间： 2002/10/28 文章来源：人民法院报

司法改革与中国未来

by 贺卫方/萧瀚

访谈时间：一九九九年十二月六日
地点：燕北园
受访人：贺卫方（北京大学法学院教授）
访问人：萧瀚

萧：据我所知你对中国的司法现状非常关注，这从你发表的各种文章里都能看得出来，所以我很想知道你为什么会对于司法制度有这么强烈和长久的兴趣？

贺：我也是跌跌撞撞地走到对中国司法改革方面的思考上来的。从读大学到读研究生一直到后来的研究，我感兴趣的都是西方的法律制度，但是作为一个中国人，毕竟生活在这一片土地上，因此避免不了对中国本土问题的思考。很有意思的是，我原来对西方法律制度的这种兴趣和了解恰恰成为我思考中国司法制度的一个背景，我正是这样来挖掘中国司法制度的制度安排以及它的缺陷的，当然，我的思考方式还包含社会学的角度。这些年来，我在这方面的写作还算是一个比较勤奋的人，发表的文章尽管有分量的不多，但是数量也还是不少，最后就走上了对司法制度研究的路数上来。后来我们在北大成立了司法研究中心，我们推出了一套“司法文丛”，我们不但在学术层面，还在大众传媒上为司法改革鼓与呼。

萧：我很喜欢你在大众层面上做的这些工作，因为学术如果不能够成为引领潮流的力量，那么它的价值就很难体现出来。

司法成为热点的必然性

贺：现在司法问题已经成为全社会关注的一个领域，我认为这是一个很符合社会变革的逻辑发展。二十年前，当我们开始建设社会主义法制的时候，人们还是很少关注司法制度的问题，那时候的工作重点是立法，人们关注的是完善社会主义立法体系。那时候无法可依导致的问题比较多，而我们现在对司法制度的关注实际上是由立法所启动的法制建设走到一定

程度的必然结果。你可以发现那个时候的《法院组织法》也好，以及其它的相关法律也好，都还没有确立起一套全面规范司法制度的规则——例如，关于法官的任职资格，就没有严格的规范约束。但是经过了二十年的改革，人们却由对法治的希望变成了对法治的失望——如果不是绝望的话。好象法治在人们心目中的地位并没有上升，反而是下降了。原来我们通过立法向人们许诺了种种权利，从条文上面我们看不出什么问题，但是一到实际操作的时候，问题就很多，我们就会发出疑问，为什么法律许诺的东西没有得到实现？这时人们就把对立法的关注转移到对司法的关注，这是一个必然的过程。

萧：我不知道是不是可以这么讲，只有当司法制度被真正关注的时候，才可以说是法治被真正地关注了。

贺：也许可以这么讲吧。在英美法系的国家里，总是有一派人很激烈地认为“法律是什么，法律不就是法官所确认的规则嘛。”虽然这样的判断未必能够得到我们每个人的赞同，但是法官在整个法律的实际形成过程中和法律秩序的调整中起到很大的作用却是毋庸置疑的。在计划经济时代，司法乃至整个法律体系都不受重视。就像当年苏联的情况一样，认为契约是可以废除的，在那种情况下，政府被假设为他能够了解人民需要什么，而且他还能够懂得如何满足这种需求，企业仅仅是完成指标的一种工具罢了，真正的主体是政府，企业没有自己的利润追求，一切都由政府来管理。

萧：这样企业就成了客体，它没有自身存在的价值。

贺：对，也就是你说的工具。这样的话整个社会就不需要某个中立机关来调整社会经济生活，一切都由国家管了，那还要一个中立的机关干吗？所以在社会主义国家也不提什么人权保护，因为它能最好地保护我们的权利；不需要什么中立的机关来裁判，有了中立的机关反而碍事，这简直是添乱嘛，所以就不可能产生这样的机制。但现在我们痛定思痛，因为就像哈耶克说的那样，我们追求的是一个天堂，最后却建立了一个地狱。我们今天之所以能够走到这一步，是因为我们发现原来的假定有问题，甚至有基本的错误，也就是说，我们不可能找到一个政府、一个领导集团，它能够全知全能地获知我们的需求信息，给我们制定完美无缺的计划，向我们发布一切真理从而使我们无须思考，跟着走就是了。而现在我们发现，一个国家要提高国力，只有让每个人、每个企业都最大化地追求自己的利益，才可能保证社会的繁荣。所以我们转了一圈，看来又有点回来了——人类有一些东西是无法超越的。

萧：所谓的历史规律也许是一种虚幻的东西，我在外面讲宪法课的时候，常常会问那些学生：“宪政的目的是什么？”回答的结果是五花八门什么样的都有，什么“阶级斗争”啊，“富国强兵”啊。然后我就说，宪政只有一个目的，那就是保障人权，只有个人富裕了，国家才有可能富裕，很简单的道理，你的收入是一百元，抽你五十元的税，你会受不了，但如果你的收入是一万元，那么抽你五十元的税，你根本就没有什么感觉。因此，富国强兵只是保障人权的一个副产品。

贺：所以这样我们就转到了市场经济上，当市场经济不再是“市长经济”的时候，我们就需要一个真正中立的裁判机构，仅仅靠着立法去发布一个全社会普适性的规则是不够的，立法只是市场化过程中最基本的组成部分之一，更重要的是当企业或个人碰到纠纷的时候还需要一个中立的机构来解决，因为在市场化过程中，利益主体之间的冲突、矛盾、纠纷是不可避免的，那么这个时候，我们不约而同地把目光转向了司法机关，转向了法院。我们这种

转向，还有一个原因是因为我们从原有的计划经济转向市场经济的过程中，交易范围大大地扩大了，也可以说是发展经济和贸易所需要的信任半径大大地扩大了，原有的那种自然经济，交易范围是很窄的，都是发生在一个小小的人群里边，而且还不是非常陌生化的人群，“我”到市集去买鸡蛋，卖鸡蛋的不就是邻村的那个老张吗，他的鸡蛋一直都是很好的。在老张这边，因为他的商品只能够在一个较小的范围内流通，一旦出现瑕疵，熟人社会口耳相传，足以使他立刻面临产品滞销甚至生意倒闭的后果。他的信用就是建立在这种熟人社会的基础上，市场的信用基础也是如此得以保障，这是一种特定的人身关系保障的，它可以保障基本的秩序，人们的需求也不是那么超越地理范围的。但是一个市场化的社会交易的范围会很大，我们现在在北京可以吃到全国各地的食品，这样市场交易就越来越超越我们原来生活的那种狭小的地理范围，这样的一个社会对法律的要求就会更加严格。就是当我跟陌生人的交往受到客观存在的明确规则的管辖。如果一方违约，另一方可以以比较明确的规范来约束他，可以起诉他，法院就需要运用法律对纠纷加以解决，以确保交易的安全。值得注意的是，这里所要求的不仅仅是立法的统一；不同地方的法官对同样的立法规范的解释必须是一致的。但是在这方面，我们以前过分地依赖于立法，以为立法规范就能解决问题。

萧：以前人们对立法的这种信任有一个误区，以为立法可以包治百病。

贺：但是这样就坏了，因为首先我们发现立法本身并不全面，因为它不可能全面。如果我们以为立法可以包医百病的话，就会重新陷入原来的思维状态，把立法者当作全知全能的。因为立法本身受到立法者的知识范围、他们的经验的局限，所以他们只能制定一些不全面的规范，用这些规范去管理千差万别的社会，是不可能的；其次，立法的规范是模糊的，有许多规范我们不知道该怎么样去表述，尤其是汉语表述本身就有这种模糊性，如果我们用文言文来表述，那么这种模糊性就更加严重。实际上这种现象也并非我们中国所特有，各国法律中都有这个问题，如美国宪法规定禁止酷刑，“酷刑”是什么？讲究正当程序，那么“正当程序”又是什么？这些东西都是模糊的，而且这种模糊可能恰好更有适应性，但它靠什么适应呢？最终要靠法官去适应。当然立法还要受到其它各种因素的局限，比方说立法的滞后性，因为立法是有一定稳定性的，而社会生活则是日新月异的，像我们国家这种情况还不是那么严重，在有一些国家，比如美国，两百多年前制定的联邦宪法到现在还是美国人的基本生活准则，那么两百年前的人给现在的人制定规则，它的合法性在哪里呢？我们会发现，法律的稳定性与社会的变迁有一种内在的紧张关系。法律并不仅仅是立法性的规范，它还包括解释性规范，在有立法性规范的同时，还要有丰富的、严格的、统一的解释性规范，只有这样才能保证市场经济的良好发展，这里的统一性尤其重要。如果北京和广州的法官，虽然适用的是同一个《民法通则》，但是，如果他们对相关条文的解释不一致，那就可能导致北京的商人某种行为在北京是合法的，而在广州就是违法的，或者一个合同在北京是无效的，到了广州就会是有效的，这样的话就会发生一个很大的问题，就是人为的法律冲突。我读到过一些报刊上的报道，一个案件，两地受理，五年审理，十几个判决，那么这种法院的解释冲突对企业的损害会有多大，对市场经济的发育和发展有多大？为什么法律规定的是一样的，而法官们的解释会不一样，因为我们的制度安排有问题，我们的司法制度建构出现了严重的问题。还有，为什么这几年执行难的问题那么严重，人们拿着法院“白条”哭天天不应，哭地地不灵，至少部分的原因是法律解释不统一，不统一就损害了司法的公正性，降低了司法的公信力，加剧了当事人与法院的对立情绪。而在我看来，这种解释性规范的统一，是无法靠最高法院的所谓“司法解释”来完成的，而是要靠在每一个具体的案件中来完成，也就是制度本身的改变来完成法律解释的统一。我们从这些角度就可以看出人们对司法、对法院的关注是一个逻辑上的必然结果。

司法公正的社会意义

萧：以前从《作家文摘》上读到一篇对您的访谈录，其中说道，司法是社会公正的最后一道防线，在我看来，法院是一个社会稳定调节器，如果法院不能公正地处理案件，那么社会矛盾就会积累，甚至会激化。

贺：我这几年写文章，也十分注重从这个角度论证司法公正的重要性。在一个转型期社会中，各种社会利益要重新进行整合，这样变化就会非常剧烈，有的人成了暴发户，有的人则变得生活十分艰难。重组过程中，种种不正当的情形难免发生，我们需要对之进行及时地校正，因为利益的冲突非常地经常、非常的细微。亚里士多德说提到正义有两种，光有分配的正义还不行，还得有校正的正义。我们这个国家两千年来总是在一治一乱，我一直在考虑我们这个社会到底出了什么问题，我们古典的孔孟的人治论实际上是很崇高很伟大的价值理念，他们理想中的社会，是统治者在道德上很崇高很慈祥很仁爱的，他要用道德风化来感化所有的人，以此来建构一个理想的秩序，这个东西并不是不高，但是为什么中国两千年来没能形成一个良好的秩序？现在有些人写文章总是暗暗地流露出对中国古典社会的那种向往，有过分溢美的倾向，在我看来这种观点是不对的。我们从以前的明清小说里，比如《三言两拍》去考察中国人的生活，你会发现中国人生活得并不好，所以中国人在最后往往是受不了了就农民起义，更换一个朝代，立朝之初，统治者因为理解农民为什么会造反，所以他会休养生息，但是随着时间的推移，并没有得到转换的传统治理模式的弊病就会暴露出来，而且不断激化，最后就会又导致农民起义，总是这种恶性循环。

萧：多年前金观涛、刘青锋曾经提出来的超稳定结构就是以这种动荡、变乱为基本的着眼点，这种一治一乱长期以来就是一个巨大的历史轮回。

贺：我们会发现，尽管这样的社会在本质上没有什么变化，但我们改朝换代却是很频繁的。我们的内战无论在发生的数量上还是在杀人的规模上都是极其惊人的，这样我们的历史就成为不断的战乱和杀人的历史。我不大喜欢读《三国演义》，就是看不惯其中的嗜血倾向和对杀人如麻之类场面的张扬。不幸的是，那可以说是我们民族历史的真实写照。我在想，这问题到底出在哪儿呢？实际上我们也许并不怕专制，但是我们怕恣意；一个规则我们并不怕它严厉，但怕它适用的过程中不公平，完全没有法律面前人人平等的那种意识，缺乏程序上的严格性。我在那篇小文章“高俅诉林冲”中谈的就是这个问题。托克维尔讲，在英国，它的司法弊病多多，比如说司法的拖延、司法的昂贵、司法的不方便、程式化的东西，毛病很多，但是英国从古典社会就开始有一个发明，也就是一个人的地位无论多么低下，无论他起诉的对象地位多么尊贵，例如国王，他都可以在英国的法庭上获得正义，他不需要担心会不会出现官官相护，因为不可能出现这样的情况。按照托克维尔的看法，英国司法制度的这个优点可以说是“一俊遮百丑”；有了这个根本的优点，其他缺点都成为次要的弊病了。反观法国司法，虽然存在着许多英国所不具备的优点，然而却难以实现司法的伟大目的，即司法权绝不趋炎附势，每个人都可以在法院之中获得正义。

我想我们的制度存在的最大一个问题是司法不独立、制度建构不合理，在法院这样一个地方得不到正义。“包青天”得到千古传颂，这只能说是我们历史的一个悲剧，因为没有包

青天我们才渴望他，因此要在舞台上塑造一个，实际的司法过程，实际的社会生活就像蒲松龄说的一样，“覆盆之下多沉冤”，哪里有什么公正？！《水浒传》里说，中国的官见了钱就象苍蝇见了血，古代官僚制度基本上是一种靠腐败来维持的制度。你会看到一个很可怕的反差，一方面价值观念方面我们有无比崇高的社会形态上的追求，而另一个方面，我们的士大夫又不屑于作具体制度方面的研究和建构，所以导致两千年来一治一乱，我们一直就走不出这个怪圈。所以我们目前面临的一个司法制度最大的机遇，也是一个巨大的挑战，就是我们能不能走出这个怪圈，我们能不能给社会转型期的利益冲突提供一个健康的调整机制，让我们的人民也有英国人民这样的信心，来获得一个公正，建构一个公正的社会秩序。我想把人逼上梁山的就是腐败的司法，所以我们一定要建立一个良好的司法机制，才能够及时地调整社会利益的冲突，因为立法机关只有省级以上的才显示出它的重要性，而法院则渗透到社会最基层的角角落落，真正解决社会矛盾的是法院，如果这样一个人民期望它公正的机关而变成了一个不公正的机关，由追求正义变成了追求邪恶，由化解社会矛盾、解决社会纠纷的机关变成了一个不仅不解决目前的纠纷而且制造新的纠纷的机构，人民对政府的不满、人民对政府的失望，加剧为人民对政府的绝望，这种机关的存在绝对不是我们的福音。

萧：这样就是真正的添乱了。本来没什么事被他弄出许多事来，这真是一个“赞天地之化育”，“无中生有”的创造性境界！

贺：这不仅仅是添乱了，简直就是捣乱。当我们看电视、报纸、杂志时，看到法官腐败的报道，我们会感到格外的沉痛，格外的不满，就是因为有这种东西，它简直是要把人民逼上绝路，逼上梁山。

中国司法传统的再解释

萧：英美法国家里法官的社会地们很高，有一个很重要的原因，是因为法官个人的品行也很高，法官并不仅仅是一个职业，他还是一种品格的象征，一个法官并不仅仅因为他有非常出色的专业知识而同时也因为他们的品行比较高，所以才能从事这样的职业。所以贺老师，我想再请你谈谈关于司法改革的进路问题。尤其是你前段时间写的一篇文章中提到的中国传统法律文化如何进行创造性改变的问题。

贺：对，这个问题很有意思。我们现在制度建设中从总体上来说是学习西方的结果，而且是从不同国家的法律文化中东拼西凑的结果，大体上说来，我们总体上的制度因素是三个方面。第一个方面是欧洲大陆的，以及日文版的欧洲大陆的法律传统；第二个因素是社会主义的，尤其是俄文版的社会主义学说和社会主义制度，我直到今天都很希望有人来做一做这方面的研究，就是我们是怎样借鉴苏俄司法制度的，它们又是如何进入我们的语境中而成为我们制度的一部分，我们是怎样修正的，这是很有意思的问题，说句老实话，直到今天，法院的地位低微，检察院的监督权以及司法权行使方式过程中的所谓的群众路线，这些东西都跟苏联的制度很有关系，具体审判案件的对法官的司法解释权的剥夺都跟苏联的司法制度有很密切的关系；第三个因素就是我们中国的传统，我们中国人做事情所喜欢的方法，我们的政治文化，我们的法律文化，这些东西也许在我们的表层制度上看不到多少，我们的表层制度都是西方化的，但是我们骨子里的运作过程，我们所遵循的一些准则，我们自觉不自觉所采取的一些方法，都还是我们两千年来所一直采取的方法。

萧：这种东西或许可以称之为文化基因。

贺：对，也可以说是一种文化基因对我们的影响。你会发现这种东西会使我们处于目标定位跟手段定位南辕北辙的一种状态。比如说我们建立人民代表大会制度，我们想建立一个立法机关，它享有最高的权力，以使它对政府有监督的功能，这都是西方设想的制度，但是我们在具体的运作过程中就不太习惯于议会中的争论，在西方议会里，争论是正常的，如果一致通过倒是反常的，可是我们就不喜欢这种激烈的争论，而且不仅仅是领导人不喜欢，老百姓也不见得能够适应这种争论，他们会觉得官员们之间怎么会有那么多的争论，怎么会有那么大的冲突。我们受皇权意识影响，使得我们觉得只能有一个最高的领导人，我们希望这个领导人能够说了算，定了干，希望他很有权力，这种潜在的影响使得我们的议会跟政府之间的关系变成了以西方的模式操作中国的内容，以及用中国的手段操作西方的模式，这是我们今天看到的非常明显的一种状态。即使到基层政府你也可以发现，县长县长就是一县之长，为官一任造福一方，他就觉得我是这个地方的最高长官，我是至高无上的，我在这里可以一手遮天，法院院长很少有人会觉得自己是独立于地方政府的法官，他觉得自己只是一个下属，他只是地方权力格局中的一个棋子，下棋的人把他搬到哪儿就是哪儿，所谓“社会主义一块砖，东西南北任党搬。”集权的传统没有因为我们建立一个分权式的政府而改变，这样带来一个很严重的问题就是，人们发现这个国家的制度总是冲突的、矛盾的，他觉得你是分权的，怎么最后又不分权了？实际上是不分权的，而制度上为什么又是分权的？我们的代价就是建立了无数的政府机关，各种部委、党的系统、政协、民主党派，这些东西都是西方来的，但是政府体系建立了，政府官员大大增加，最后导致的结果却是它没有实现建立这么复杂的一个分权式政府必须要承担的职责，本来，它应当通过相互制约与平衡来保证权力的不被滥用和决策的合理化，但它没有带来这样的结果。三峡的决策就是一个很好的例子，如此庞大的一个投资，本应该在一个更广泛的层面上得到争论，各种不同的意见应该得到表达，这是需要召开公开听证会的，因为投资花的都是纳税人的钱，那么应该不应该进行投资就应当让人民代表出来表达他们的诉求，可是我们还是不太习惯，我们还是习惯于领导人作决定。比如说领导人想要“高峡出平湖”，既然已经决定了，还要再争论什么。这种大一统的观念，深刻的或者从根本上使得我们引进的这套制度难以起到应有的作用，在某些时候甚至完全失灵。所以我想这是我们今天不能不重视的一个重要因素。我们需要对我们的传统进行再检讨，看看其中哪些资源可以为今天所用，哪些东西可以帮助我们解释当今制度建设的难题。然而，“五四”以来我们的一个社会思潮就是反传统，共产主义哲学也是反传统。

萧：哈耶克就说过，所有的极权主义都声称自己跟传统是割裂的。

贺：这是一个很有意思的观点，他们要建立一个全新的社会。前些年新儒学在中国受到一些人的抨击，当时一些敏感的人士也非常清楚的看到了所谓的新儒学有可能是以一种传统的面目来对抗我们的共产主义思想，所以要予以有力的回击。但是这种反传统的结果在我看来是好东西都被反掉了，传统里面不好的东西反而能够改头换面，焕发青春，在这个新的制度里得以生存，并且发扬光大，这是那些倡导埋葬传统的人们所始料未及的，“始作俑者，其无后乎”，这个“无后”是好的“后”都没了，坏的“后”都出来了。根据这样的想法，我觉得我们应该认真地对待传统，也就是古典的制度中有哪些东西有它继续存在的价值，应该得到我们创造性的转换，我们应该重新解释它。

萧：它不可能全是好的也不可能全是坏的，如果全是好的，那就不会一治一乱地轮回，

如果说它全是坏的，那可能早就湮灭了。

贺：在文化继承方面我们当然不能抱着懒汉的思想，或者抱着投机的思想，梦想着把外国好的东西都继承来，把传统中好的东西都继承来，这样双优结合岂不最好？

萧：又是一个乌托邦！

贺：对，这是不可能达到的理想。我们仔细地考虑一下，两千年来，中国人在建构秩序时有过哪些教训，有哪些东西今天是可以作为依托来形成新秩序的。我不相信这两种东西就如吉卜林所说的那样是“东方就是东方，西方就是西方”，不完全是这样的，我们都是由人组成的社会，地球是圆的，人类会有一些共同的东西，许多问题都相类似，我们可以在古典方面有所汲取，并且把它真正地发扬光大，这样对我们今天的制度会有一个推动。所以前段时间我花了一定的精力来考察中国古典制度的一些合理地方，还有不合理的地方，以此来观照我们今天制度中不合理因素的来源。我重点地考察州县制度，以前瞿同祖先生就做过这方面的考察。

萧：以前韦伯也对中国的官僚制度有过考察，我认为他在《儒教与道教》这本书中对中国问题的看法非常到位。

贺：瞿先生在他的书里就引过韦伯的话。中国的古典制度形式在全世界是独一无二的，我认为有四个方面的特色，当然这些特色跟我考虑今天的司法改革都有关联。第一个是这种制度的权力形态是集权式而非分权式的，高度单一的权力，每一个政府管理的社会里都只有一个首长，这个首长对整个社会的管理起到全方位的作用，用瞿同祖先生的话来说就是，他既是立法者，同时也是当地的首席行政官，同时他还是法官，还是首席检察官、税务官、警官，所有的职务集于一身，你还记得吗，韦伯说很不可思议的是在一个三四十万人口的社区里只有一个行政长官，而这样的制度在中国却延续了两千多年，政府权力的这种单一性，当然给人们一种恐惧，它可能是专横的，恣意的，这种恣意在传统社会里可以说是肯定存在的。在同一级政府里面权力之间制约和制衡不可能存在，像我们今天这样的行政诉讼法对政府的制约就不可能出现。但是这样也有一个好处，即人民为支撑这样的政府所付出的就会少多了，县官只有一个，国家只要给他一份报酬就可以了。

萧：而且官俸还很低。

贺：官俸很低是中国的一个弊端，中国的税收长期以来都很低，这从人民的角度来讲可能是一件好事，但是低税收是以政府的低效率为代价的，人民所要承担的税收不是很重，同时人民所要解决的问题也不是那么高效率地被解决。

萧：这种低税制恰恰是产生腐败的温床。

贺：低税制导致了地方官搜刮民脂民膏。所谓“三年清知府，十万雪花银”。我们说的这些都是第一个特色，就是集权式的官僚体制，官员数量的少、政府规模的小，导致政府权力的行使范围受到很大的限制，因此，政府不得不尊重社会的自组织能力。社会秩序本身有它自己的建构，我们古代的政府权力只能到达州县一级。这跟我们今天的制度很不一样。今天，我们的政府机构设置到了乡镇一级，政府紧贴在自然村落的边上。日前看一篇报道，禹

作敏案件发生后，大邱庄的权力索性被镇政府接管了，整个村庄被政府化了。这种政府权力不断地向社会渗透是现代中国国家与社会关系上最值得注意的一个现象。它对地方自治以及个人权利空间的影响是巨大的。古典社会由于政府设置止于州县，因而政府跟民间有一个缓冲的地带，地方的秩序由士绅或地方精英组成的势力来调整，这样就避免了国家无所不在，所有的事情都有要通过政府的权力来调整的可能性。我想这是一个很重要的特色。

萧：对，我觉得这种特点是我们可以借鉴和继承的。

贺：这样还有一个好处，就是人民与政府打交道时的交易成本会维持在一个较低的水平上。在每个州县里，只有一个衙门，一般情况下人们不会找衙门来处理他们之间的纠纷，但是一旦人们诉求这个衙门的时候，由于州县官是这个地方的唯一官员，他就不能推诿。当然责任无可推诿也就意味着荣誉无可推诿，它在管理这个社会的时候也是唯一的荣誉获得者，如果治理得好，皇帝的嘉奖也就只能由一个人来获得，而不可能还有另外的机构或他人来分享，不会是“军功章上有你的一半也有我的一半”。从某种意义上说，这样也能激发州县官很好地行使他们的权力。而现在的情况就非常可怕，每个地方都有那么多的政府机构，每个机构看上去都有权力，但我们的分权没有很好地去划分，造成权力边界不清。而且所有机构的背后还存在着某种超国家权力，使得分权原则的实施愈发困难。最后每个机关都有一定的权力，但每个机构都缺乏一定的排他性管辖权，最后的结果是你中有我，我中有你，象赵孟fu 的太太歌颂爱情那样，两块泥巴捏一个你捏一个我，然后再把它打碎揉到一块，再捏一个你捏一个我，你中有我我中有你。现在人大搞个案监督，这就意味着碰到案件除了找法院，还要找人大，各个机关的权力都是交叉的，不是独立的，即便是各机构的内部人员也不见得搞得清楚，更何况是不了解国家机构运行的普通老百姓。这样，里面的人搞不清，外面的人搞不清，月朦胧，鸟朦胧，最后老百姓都变足球了，被踢来踢去，而且还是中国国家队的足球，怎么踢也踢不进门里去。这是一个很大的弊端。

当然，我们今天不可能建立一个一人政府，但是我们能做的是尽量地精简政府机构，把权力划分得更清楚，然后让人民非常清楚地知道，“我”的这个事情就是要在“这里”办的，法院就是要独立审判的，宪法规定，法院独立行使审判权，不受行政部门干预，那么我们就要坚决做到。

古典社会统治的第二个特点是政府官员的选拔特色，这是科举考试制度。科举制度现在名声不太好，从一九零五年废除后，一直被认为是应当为中国的落后和积弱负责的一种制度，科举考试制度当然有很多的弊端，但是它也有制度设计方面的优点，所有的官员都必须要经过考试才能担任，这说明了中国古典社会在官职分配上并不是依据血缘或者家族等其它的身份因素，而是要依据一定的聪明才智，这是一种强调“劳心者治人，劳力者治于人”的社会，也就是由有知识的人对社会进行统治，这说明统治者在考虑选拔官员的时候首先要考虑被选拔者的智力状况，这比起血缘标准而言来是一种更合理的选拔方式。我们现在所称赞与向往的民主制度，是根据相关人士受人民拥戴的程度差异来分配官职的，它并不考虑血缘、身份，也不考虑是否是知识方面的精英。

由于社会制度的差异，就会有种种不同的制度安排上的差异，科举考试的一个很大的好处就是它是平等的，它是向每个人——当然，是每一个男人——开放的，除了妓女和乞丐的孩子没有资格参加科举考试，其他人都可以参加，这样的方式是最有利于让社会上所有的人去竞争的一种方式，这样中国的官僚阶层可以不断地增添新鲜血液，而不是由一个固定的阶

级去统治这个社会，就象中世纪的教皇一般都由底层教士来担任，这是罗马教廷的民主因素，因底层教士能够体会下层教徒与人民的疾苦，这样就不至于使得他们成为一个高度官僚化的阶层。我们的社会把官职向每一个人开放，使得社会的流动性增大，一些有活力的东西不断加入，有助于吐故纳新，另一方面，它破坏了中国的阶级结构，使得阶级处于不稳定之中，或者我们根本就没有阶级，我们今天耳熟能详的阶级概念可能是一个虚构的东西。高度的流动性使得经常会有一些底层的人进入高层的统治圈，所以中国古人常常感慨，“富贵无常”，“君子之泽，五世而斩”，“旧时王谢堂前燕，飞入寻常百姓家”，贵族制度在我国历史上早早地就被摧毁了，跟科举考试得以兴起的主流意识形态有密切的关系。

萧：“朝为田舍郎，暮登天子堂。”变成了朝登天子堂，暮为田舍郎。

贺：对。各个阶层之间流动性很大，带来的另一个重要后果就是难以产生宪法。流动性导致利益的不稳定，不同阶层之间难以形成持久的紧张关系，这跟西方就很不一样，他们的阶级斗争很激烈，最后谁也斗不过谁，既难以相互吃掉对方，又无法相互融合，所以只好妥协，大家坐下来谈判，就产生了宪法。由此而产生的宪法也就有宪政得以出现的背景，利益的差别使得宪法的含义经常受到争议，在这种争议与解释的过程中，宪法获得了真实的生命。人们注意到，日本在吸收中国文化的时候，并没有接受中国的科举制度，这不是一个疏忽或偶然现象，而是很有深谋远虑的。因为日本是一个阶级社会，如果他们引进了科举制度就会破坏他们的阶级，他们的等级制度是非常森严的，直到今天他们的阶级结构都还是很明显的。

萧：概括地说，没有阶级张力，就不会形成阶级冲突，也就不会形成稳定的阶级集团。没有稳定的阶级集团，就不会有稳定的利益集团，这样也就很难形成利益冲突的协调背景。

贺：正是如此。还有，由于官员选拔上的平等，就导致了官民不平等的合法基础得以建立，由于官员在智力“认证”上超过一般的民众，所以他们能够使百姓服气，“治人者”与“治于人者”之间的等级服从关系就顺理成章了。我看过一些古代官员所写的一些书判，文字都很美，这样的东西因为有百姓的服从，所以也就没有执行难的问题，因为它有居高临下的合法性基础。当然以我们的现代眼光来看待这些判决，会觉得它们缺乏法律上的合理性，对这样的制度，我们有时是很难作出一个简单的利弊得失判断。据现在神户大学任教的季卫东博士的看法，日本的法官选拔制度就借鉴了我们的科举制度。一个人要当法官，他必须要能够过五关斩六将，必须要显示他人中之龙的那种能力。法官的职业之所以受人尊重，并不仅仅因为他们有那种权力，同时也还有他们本身的素质使他们当法官能够服众。这种权威性对于制度的形成和秩序的维系起了很大的作用。我们这个制度之所以人们不尊重法官，并不仅仅是因为法律制度本身的原因，而更重要的在于，我们的制度没有能够让优秀的人进入司法体制。

萧：我有时候跟一些法官打交道，我会觉得我们好象生活在不同的世界，比如说，我认为法官应该按照《民事诉讼法》的规定遵循法定的程序来审理案件，但是有的法官根本就不去遵循，他们本身就违法，那我怎么能够相信他们的判决会是公正的呢？再比如说，有些法官在审理案件过程中，连一些最基本的法律常识都没有搞清楚，那我又怎么能够信任他能够依法判决呢？法律本身就不完备，再加上司法过程中中立者的无能，这种双管齐下的破坏法制，尤其是后者，有时甚至不仅仅是无能，而是无耻，这样我们所要追求的正义就永远是水中月，镜中花，墙上的画饼，泥菩萨头上的佛光。

贺：你这一连串比喻颇有些莎士比亚的味道。是的，有些法官的确连最基本的程序法都不遵循，更不用说实体法了。我见到过这样判决，法官只援引诉讼法的条文来判决，他以为老百姓只要看到“根据某某法判决”就能相信他了，这是很糟糕的。我要谈的古典社会的第三个特点是非专业化知识的统治。科举考试的一个最大弊病就是它使得人文艺术方面的知识统摄了社会的所有领域，只有读过历史以及儒家思想的人才能做官，而且做了官以后还不断地依赖这些知识。

萧：韦伯就说中国古代的官员一半是官僚，一半是诗人。

贺：在西方，写诗是一件非常专业化的事情，但是在中国，一个官员如果不会写诗，那才是一件让人惊讶的事情。这就是我们科举考试所带来的一个重要的副产品。中国古代官员从小就受经史子集、唐诗宋词的耳濡目染，许多人甚至对这些知识烂熟于胸，然而，对于应试所需之外的其他知识，他们可以说既无兴趣，也不了解。传统中国这样的知识结构会导致整个社会缺乏真正的知识分工，你看我们中国古代就没有专业的科学家、医学家、天文学家、哲学家等不同分工的知识群体，甚至也没有职业的文学家，虽然每个人都写得几首诗词。而在西方，早在古希腊时代就已经有了知识门类的细致划分。

萧：科举考试还有一个弊病，就是将人的道德修养、个人品格文本化，而没有在实践中真正地落实。因为它没有一个可操作的制度来落实文本上的道德观念，所以就导致了道德观念的虚伪。

贺：由于缺乏社会分工，人们所倡扬的道德伦常就很难产生具体的职业伦理道德，尽管也有“道亦有道”这样的话，但是在社会分工的意义上并没有出现职业伦理，这样导致的结果就是科举考试成功以后的官僚们在处理案件过程中尽管也有刑名师爷给他们出谋划策，但是这种辅佐也只能做一些辅助性的工作，幕僚们很难有我们今天法律家意义上的专业法律知识，他们不仅仅没有这些专业知识同时他们还要受到他们的身份的限制，他们是为东家服务的，他们这个行业里的一些准则是反法律的。

萧：所以在我看来，这个时候既非儒治，也非“法”治，而是术治。

贺：对，也可以说就是术在统治，而且他们往往是科举考试的失败者，他们在整个社会中地位比较卑微。另外我还想谈一个问题，就是我们古典社会处理事务的非逻辑化，这一点在中国传统中是源远流长的，从先秦时代，我们就排斥逻辑性的思考方式，象邓析、公孙龙这些人都有被认为是扰乱视听、颠倒黑白的害群之马。儒家从道统上排斥他们，道家从本体论上排斥他们，认为你们搞这些东西有什么意义呢？而且这跟中国语言的运用也有关系。你看中国的语言是非常艺术化的，情感化的，很模糊，它表述人的情绪具有极好的表现力，写诗歌很美，写散文也很美，可就是很难作为说理性的文字表述。

萧：我一方面挺同意你的观点，但另一方面我也想，语言是在运用过程中发展，我不记得是谁说过，说中国文字可以写出最好的诗，但是难以制定出严谨的法律，我并不完全赞同。我们自古以来语言并没有被进行非常逻辑化地运用，这样形成的一个语言传统，必然缺乏法律语言所需要的那种表述形式。我认为，我们的这种语言传统跟我们古人缺乏求真意识是有关系的，因为求真意识的缺乏，会导致语言的模糊化使用，概念不进行有效的界定，说理不进行严密的推论，一切都模糊处理，当然，这种语言传统的非逻辑化表述形式和非逻辑化使

用之间也许不是一个纯粹的因果关系，而是一个互动的关系。“混沌”理论盛行，表现在我们任何一个领域里的文字表述，所以中华文化几千年，我们都在吃着一锅馄饨，而且是“面粉与肉馅齐沸，面汤共酱油一色”。

贺：是的，这种非逻辑化的思维方式，在司法领域里面就表现为外行知识的统治，由此可见，外行领导内行也是古已有之。这种非专业知识的统治，还相应地产生了一个后果，就是在具体的案件审理过程中，决定一个案件胜负的，不是理由的充足与否，而往往是力量或势力的强弱。直到今天我们中国人还习惯于到京城来告状，老百姓希望自己的案件上达天听，这意味着在地方上他难以获得正义，所以小民百姓就只能求助于比地方官员能量更大的人来压制地方官，以此产生对他有利的后果。我曾经与两位同行编过一本书，《美国学者论中国法律传统》，其中收有北卡州立大学欧中坦（Jonathan

Ocko）教授的一篇论文，题为“千方百计上京城”，它就是揭示了这样一个道理。这是古典社会司法制度的第三个特点。

第四个特点比较简单，就是非对抗性的司法过程。古典社会是一个没有律师的社会，乡土社会是不需要律师的，我们现在有很多的律师，他们在社会生活中很重要，在民事案件中律师作为当事人的代理人，在刑事案件中，律师能够起到制约国家权力的作用，这样经过各方的对抗，能够使得案件得到公正的处理。我们古典社会没有律师，只是有讼棍，以前常常说“绍兴师爷”，以为师爷是浙江的特产，后来据说这说法不确切，别的地方也出产师爷，但不管怎能样，讼棍这种职业是存在的，各地的小知识分子，利用自己的粗通文墨来包揽词讼，帮助要打官司的人书写诉状，同时还跟官员沟通。有人认为，官员们也很依赖这些讼棍，但是这种重要性并没有使他们受到尊重，相反，他们被认为是社会的渣滓，他们在官方的话语中永远是道德品行低下的人，因为老百姓打官司需要依靠他们，这样在经济上就要付出，所以老百姓也不喜欢他们，付出很多，结果不确定，充满了“投资”风险，经常是“赢了猫儿赔了牛”。没有律师职业的结果是，我们在官员和百姓之间形成了非常独特的关系，官民之间是直线的结构而不是三角形的结构，导致的结果就是官方的力量直接作用于百姓，这种非对抗性的司法模式，妨碍了我们秩序的正常建构，民众之间的纠纷没有产生在合法基础上冲突，而直接演化为官民矛盾。尽管古典社会的制度中有制约地方官的制度安排，但是却没有产生象检察官这样的制度，现代检察制度的所有内容在古代都没能形成，这对我们当代的司法制度都有着深刻的影响。有人说我们今天的司法制度，是一种超职权主义模式，也就是说，在审理案件过程中，法院、检察院所代表的国家权力依然非常强大，一方面民间的力量显得非常弱小，另一方面检察官和法官之间的冲突又被认为是很犯忌的事情，而难以建立真正的官方内部竞争机制。在英美国家能够形成这种健康的竞争机制跟他们的文化多元主义有很大的关系，他们允许一定程度的冲突，一定程度的竞争，而我们的传统文化强调和为贵，讲究统一，比方说日本人也有违宪审查制度，但他们用的很少，几十年来日本人几乎没有用过这个制度，这似乎很奇怪，但它实际上根子还在东方文化之中，这是我讲的中国古典社会的四个制度特点。

萧：你说到的这个非对抗性的司法，我是这么想的，就象我前面讲的，中国人缺乏求真意志，不承认任何人都有平等的思考能力，英美文化中承认人的局限性，所以他们有宽容的基础，同时他们还有宗教上的博爱精神，这跟宽容也是联系在一起的，而我们自古以来便认为有些人天生就是圣人，他们能够掌握终极的真理，其他人没有跟他们对话的资格。孙中山就把人分为先知先觉，后知后觉，不知不觉，这样就很麻烦，这就给文化专制主义创造条件，

以至于排斥矛盾，排斥冲突，然而现实生活中的冲突和矛盾依然存在它并不会因为你排斥它，它就不存在了，因此忽视它们并不解决问题，西方人为此而找到了多元主义来解决，而我们依然用打击排斥的办法来解决，最后我们总是用表面的和来掩盖实质上的不和。

贺：我想，社会主义学说可能在某种程度上加剧了这种思维模式，因为他们有先知先觉的人，他们是特殊材料制成的，可以预知社会规律，引领我们走向共产主义的美好明天，所以他们有教育的任务，他们要教育人民，毛泽东讲，“重要的在于教育农民”，农民是需要教育的，因为他们身上充满了小农意识；知识分子是需要教育的，他们脑子里面装的那些自由主义之类的思想，因此都是需要教育和改造的，他们需要洗脑子，需要割尾巴，需要接受工人阶级的再教育；工人阶级当然不是每个工人，真正能够体现工人阶级的是他们的先锋队——共产党，而且最能够体现工人阶级意志的就是政治局委员。这种教育的功能在我们的司法过程中仍然有相当多的体现，由于教育就可以不顾及一个人的私人权利，你有可以不受别人干预的思想自由吗，你怎么可以有这样的自由呢？你怎么可以有隐私呢？所以你要向现世的统治者忏悔，这可是一个了不得的权力，甚至是一个可怕的权力，现在咱们做学生的，可以发现我们被教育来教育去的，他告诉你，你的思考不对，我的思考才是对的，我们要不断地学习这些理论。

萧：我们的司法制度改了很长时间了，那么你觉得我们将来有没有可能有什么转机？

贺：我们分析古典传统，看到一个很重要的内容就是我们缺少专业的分工、知识的分野，为什么大学产生在西方而不产生在中国，在大学里为什么要有不同系、学院，这样的分工，这表明人类对世界的认识有一个大的转变，这是可以追溯到古希腊时期，大学的出现强化了这种对知识的分类，法律、医学、神学这些都是最初的一种分类，西方古人认为这些方面都要经过非常严格的训练才能获得执业的资格。身体出了毛病，你可以找医生，灵魂出了毛病，你可以找神职人员，要是行为出了毛病，那就要由法律来管束你。我们注意到，法学与神学分为两个科系，这意味着法律不能干预一个人的思想，这是我们获得的一个很有意义的启发，法律只能制约一个人的外部行为，不能禁止我们信仰“歪理邪说”，我们只是相信歪理邪说，我们不是信了歪理邪说就去杀人，犯杀人罪，到地铁里面去放毒气，这是要受到法律制裁，但我只是信仰歪理邪说，下了班到公园里去，举着手在那呆一会儿，这个东西是不允许被制裁的，这是个人的事情，我想这是西方一个很意思的传统。

今天我们这个社会已经发生了巨大的变化，百年来我们接受了太多西方的政治制度安排，经济的安排，法律制度的安排，包括教育制度都是从西方来的，我们古人没有这样一种构想，如果当年有大学的话，象李贽、陶渊明这些对仕途没有兴趣的人就可以到大学中文系或历史系里当个教授，会是多么优秀的教授，一个个都是博导，而且后面都是追星族一堆一堆地跟着（笑），但是他们就没有这种可能性，因为没有这样的空间。但我们今天就有这样的空间，像我们这些无力于也无意于仕途的人就可以找到一个空间，实现我们的人生价值，我们还不是废物，但是我们古人如果只会做诗不会做官那不就成了废物，最多给别人当当家庭教师，过年的时候替人家写写对联挣点小钱，圣如孔夫子，活着的时候也只是一个民办教师而已（笑）。现在这套制度安排不一样了，但是我们所引进的这套东西总是被本土的文化所改变，不断地被变得非驴非马，象《围城》里写的：“中国真厉害，天下无敌手，外国东西来一件毁一件。”但是它们毕竟进来了，现在没有人会希望我们再回到古典社会的制度中去，所以这些东西改变了我们的生活，改变了我们的制度，这可以说是一个比较明显的过程。

但另一方面，我们也应该看到，我们固有的一些东西还在束缚着我们的手脚，我们埋葬了非专业化的司法模式，可是它们还在坟墓里面统治我们，许多人还认为法官是什么东西，法官不就是什么人都可以做的一种职业吗？法院到今天仍然是外行人最容易进入的领地。有人说中国人很奇怪，到医院去当大夫，大家觉得必须要有专门的训练，到幼儿园去当阿姨也需要一个幼师毕业的学历，但是中国就是有这么一个机关，什么训练都不需要，就可以进去做，这就是法院，这不是一个单纯的社会主义制度下的问题，这是我们两千年来非职业的司法对我们今天的潜在影响，使得我们缺乏作为一种专业的司法的全民意识，由此而带来的一些不正常的做法，并且对这类做法人们似乎习以为常，也可以说是习非为是，对倡导司法的专业化的主张反而觉得很怪异。另外，我们又在近代反传统的思想潮流下，又把一些好的东西给反掉了，通过科举制度而形成的民众对政府的服从、尊重反而被反掉了，没有哪个国家的选官制度会象我们今天这样乱，有时候想想，我们还不如一百年前两百年前的人们的生活状况，因为他们还有一些最基本的制度，可我们现在都没有了。我们建立了一个分权的制度形式，却没有实质的分权，而且我们长期以来批判三权分立，把它当成资产阶级的一个专利，我们没有好好地分析过三权分立的社会学意义，它的分工意义、它的技术性意义，这样带来的一个后果就是只有形式没有实质的分权模式。

萧：我把它比喻成一把椅子，旁边三条腿，中间一条腿，可是由于中间的这条腿特别长，因此这把椅子怎么也摆不稳，而且我们谁都知道中间的那条腿是什么，但就是不能说，更不能锯，甚至把它锯得跟其它几条腿一样长都是犯忌的。

贺：（笑）对，所以我想我们政府的体制里存在的种种问题，既需要历史性的解释，同时也要看到这种制度运作的混乱还会导致对社会制度的影响，不断地伤害我们国家领导人所强调的社会稳定，它是不会产生一个稳定的社会的。我前面已经讲过，司法由于不独立而导致了它本应该是一个追求正义的机关而变成了一个追求邪恶的机关；它本应该是一个解决纠纷的机关，却变成了制造纠纷的机关；它本应该是消除民怨的机关，却变成了积累民怨的机关。现在的传媒在不断地抨击司法腐败，我作为一个研究司法制度的人常常很担心，因为每一次法官的腐败被报道出来，都使得民众对我们的政府减少一份信任，所以这个问题必须得到整个社会的强烈关注，与此同时，我们前面说到建立市场经济，最要紧的是要有一个统一的规则，市场经济绝对不允许一个案件在不同的法院之间出现大相径庭的结果，那么我们需要一个统一的规范，我们需要司法界能够有充分的合理的制度环境给我们带来规则的统一性，使我们生活在同样的一套法律规范的管辖之下，使我们不同地域的商人做生意的时候不必提心吊胆，建设市场经济就需要这么一套最重要的制度，另外，我还愿意从维持官场清廉的角度来论证司法独立的价值，没有独立的司法，没有独立检察官对政府首脑的制约，对政府官员的制约，这样导致的结果就是我们会有一个没有监督的政府，这样媒体的制约也受到了种种限制，人民代表大会又没有能够成为真正的最高权力机关，在这样的制度下，我们发现腐败越来越严重，我们怎么个反腐倡廉，一会是省高院院长，一会是宁波市委书记，不断地被揭露出来，而没有揭露出来的到底有多少，我们无法想象，揭露出来的可能只是冰山的一角，这样的状况使得政府威信受到极大伤害，真是让人觉得很担忧。所以我们必须要建立一种自动的机制，使得官员们做孔繁森容易，做王宝森难。在美国的制度下，要做王宝森那样的官员是几乎不可能的，因为他们有制约，稍有风吹草动，司法机关就会介入，传媒就会揭露，议会就会质询，甚至弹劾，这种制度是真正的非常爱护官员的制度，你看陈希同多可怜，他手扶铁窗，我猜他想的最多的是，如果有一个类似于美国这样的制度，他又何至于走到今天这个地步。我们的制度的初衷本来是想保护官员的，然而，"播下的是龙种，收获的却是跳蚤"，那么多的人走上了犯罪的道路。我们能不能设计一种制度使得我们的官员没有可能走

上这一步，所以我想我们今天要建立一个独立的司法制度，得益者绝不仅仅是我们的人民，不一定是小民百姓，更重要的还是我们的官员。

改革的具体路向

萧：根据我的了解，你长期以来都在关注司法改革问题，而且如果我没猜错的话，你是把它作为从根本上改变中国的一个方法，那么我很想听你谈谈司法改革应该怎么改。

贺：说改革怎么个改法，实际上就象拆毛衣一样，要先找到一个线头，但我倒是觉得，每个人都有一个不同的角度，仁者见仁，智者见者，每个人或许都可以找到自己的线头。我更喜欢从技术层面上来论证和运作，我们需要思考一下现在影响我们司法公正最严重的是什么问题，我们很快就可以列一个表，这个表里面包括：第一、司法权从属于地方还是中央。法院在每一个地方不是中华人民共和国的法院，而是不同地方的法院，这样它的衣食住行都来源于地方政府，它就不可能摆脱地方政府的干涉，这样它就很难做到公正，这不是他们人不好，而是他们没有办法，一个院长要为全院的人考虑最基本的生活问题，同时又要求他能够公正，这是强人所难，这是要求他干超越人性的事，在经济领域，比如说金融，政府比较重视银行的统一管理，但是在司法方面一直受到忽视，他们忽略了比经济更加重要的司法中央化，因为法院毕竟是最后一道防线，银行非中央化产生的后果还可以找法院解决，而现在是银行中央化出了问题还要找地方化的法院，这样处理中就会大打折扣。只有让法院非地方化，才可能解决公正问题，当然，法院非地方化并不是又要把它变成一个行政体系，近来一些人似乎热衷于论证法院“垂直领导”的改革方案，这可以说是一个新的误区。司法独立的本质应该是法官个人的独立和每个法院独立于它们的上级法院。我认为这是非常重要的一点。

第二、我们应该改革法官的选任制度，准确地说，是严格按照《法官法》所规定的标准选任法官。现在我们很可笑的一点，也是很可悲的一点是，法院不严格执行《法官法》，当一个国家连法院都不严格遵循关于它们自身的法律，那么凭什么要求人民去遵守法律？这样的双重标准将从根本上摧毁人民对法院的信任。本来按照《法官法》要成为法官必须要经过大学以上的专业法律训练，或者有两年的法律工作经验，但现在还是有很多没有受过法律专业训练的人进入法院，甚至连最高法院也没有采取切实有效的措施解决这个问题。这样形成的一个后果就是在法院里真正受过专业训练的高素质法官群体反而受到歧视，他们就离开法院而去从事别的职业。现在法官群体存在的问题很大，还包括法官们对法律理解的不统一以及对司法伦理的理解不一致。比如说，有的法官就认为吃顿饭算不了什么，适当地拿点好处也算不了什么。再比如说，对服从意识的理解，本来法官只应该服从法律，不应该服从上级，他是独立的，但是受过军队训练的复转军人服从上级已经成了他们的习惯，这样就会影响他的司法行为。这不是谁好谁坏的问题，而是军人和法官本身就是两种完全不同的职业。选任上的混乱导致了法官这个群体没有同质性，而是四分五裂，不仅仅在法律的语言、法律的知识、法律的规范方面四分五裂，就连司法伦理也四分五裂，导致了同事之间缺少制约。我们可以假设，如果北大现在不管什么人都可以来当教授，不需要什么学位，也不需要什么科研成果，那么这样最后导致的结果就会是剽窃别人的科研成果算不了什么，盘剥学生的成果也算不了什么，不好好做学问也算不了什么，结果必然是真正优秀的教授在这里呆不下去，纷纷离开北大，用孔子的话，叫“危邦不入，乱邦不居”。我们现在的法院就是这种状况。所以我想如何严格地执行法官法所规定的法官选任标准确实是一个很大的问题，必须要解决。

第三、司法权的司法化问题。司法权的行使方法必须要得到真正的反省和在程序的各个环节中得到体现。如何行使司法权，必须要清楚地意识到什么是法院，它不是一个行政机关，为什么它跟行政机关是不一样的，那么法院不一样，不一样在哪？并不仅仅是挂一块牌子法院就是法院，它一定是行使权力的方式跟行政机关不一样，所以对司法权性质必须要作一个更深入的思考。比如说什么样的案件是我们能够受理的？以及法官只能在法庭上行使他的权力，在大街上行使权力的人不是法官。我们现在还有法官到大街上，在柳树下，小河边行使权力，这不是法官，这是行政官。还有，司法权要公开，它不能是暗箱操作的结果。这些都应该在规范中确立，所以我们必须重新思考司法权的性质，思考法官的性质，这样就能逐渐地确立一种共识，当然还包括庭审方式的改革。

第四、确立一整套良好的司法伦理准则，和执行这套伦理准则的机制。司法伦理具有它自己的特点，比如说受贿不是一个司法伦理的问题而是一个法官犯罪的问题。司法伦理一定是建立在对于司法官的职业特色清楚意识的基础上的跟法律没有关联的一套行为准则，比如说他跟当事人之间的关系应该怎样处理，他跟律师之间的关系应该怎样处理，以及他是不是应该远离商业、远离政治，还有他跟法学学术之间应该有什么关系，以及他应该怎样处理对他的偏见，如何解决司法拖延的问题，都是这些方面的规范来建构司法伦理，但我们这一方面过去做的很不够。当然很重要的是我们建立了司法伦理就要有一个执行它的机制，我们现在一方面看起来法官的权力好象越来越大，另一方面法官的独立并没有确立起来，法官的身份保障也没有，什么人都可以来查处法官，来追究法官的责任。前些日子，有两位基层行政法官给我寄材料来，说由于在审理一起案件时，判决政府败诉，开罪了当地的领导，结果被以受贿嫌疑抓了起来，在拘留所里关了一年，最后全无证据，然而检察院只以“不起诉”了结。法官的地位如此没有保障，这是极其可怕的。所以我们必须建立起一种机制，使得即使违反伦理的法官也能得到公平的对待，我们是不是可以考虑在人大中设立一个机构以公开的程序审理被追诉的法官，让被追究的法官也能够有一个辩护的机会。

第五、司法改革还有一个问题，就是要调整、理顺不同的法律机关之间的关系，比如说法院和检察院之间的关系，法院与公安系统之间的关系，因为它们都涉及到司法的过程，公安机关严格地讲只是一个行政机关，检察院是行使行政权的司法机关，因为它积极地追诉犯罪，这些机关之间的关系现在相当地混乱，没有理顺。我们知道，检、法两家的矛盾自改革开放以来越来越严重，在学术讨论会上，只要有检察院、法院的人出席两家就很容易打起来，当然不是动手动脚，而是唇枪舌剑，很情绪化地争论。我们需要在一个更高的层面上去整合，去理顺这种关系，否则就可能会带来对司法改革伤害性的后果，比如说检察院的定位问题，我们接受苏联的这套方法给检察院以很大的权力，它对法院的监督会产生什么样的后果都需要我们很深入地思考，并且在此基础上提出改革的方案。

第六、改革必须要理顺法院与其他外部监督之间的关系。我们的监督情结导致我们不断地倡导监督，以为监督越多越好，可我们没有看到什么样的监督才是最有效的监督。这里十分要紧的一个问题是人民代表大会对司法机关的个案监督问题。人民代表大会是个权力机关，是个监督机关，它必须要好好地实施它的权力，它的权力应该得到强化，它现在的权力很小，根本就没有对政府的监督。

萧：因为它根本就谈不到这个问题，它只监督法院，其它的它监督不了。

贺：对，老太太买柿子，专捡软的捏。它本职工作没捉做好，同时它又越权，这是我们现在有些倡导个案监督的人所忽略的问题。我们在任何时候都不允许人大取代法院成为（或降格为）司法机关。另外，法院跟媒体之间的关系，法院跟更广泛的社会之间的关系，都必须要有一个很深入的思考，并且提出相关的方案。我觉得改革就是这几个方面吧，还有别的方面吗？当然党与司法之间的关系是一个很重要的问题，是一个很棘手的问题，也是一个很敏感的问题。

萧：说不定也是一个最后的问题。

贺：这个问题我们今天就不谈了。最后我相信中国的司法改革如果能够走上正轨，我们的前途就不会如有些人所想象的那么可怕。它将成为中国改革健康与否的试剂。一百年过去了，我们再也不要在历史的泥淖中轮回，因为我们已经没有时间了。

上传时间： 2001/9/18 文章来源：作者授权

司法公正的增长点

by 贺卫方

近年来，在我国与西方国家之间的合作中，法律尤其是司法领域的合作得到了越来越多的重视。在中美两国元首签署的一揽子合作方案中，将法律合作从人权领域的合作中单列出来，以示重视。欧盟诸国、加拿大等也对在司法以及法律教育等方面与中国合作表现出浓厚的兴趣和实际的行动。除了各种不同主题的研讨会、互访之外，司法合作的一个极具价值的方面是对中国法官的培训。例如，中国与加拿大的合作培训项目让２９位中国的法官在国内和加拿大获得了系统的司法培训机会。福特基金会在过去的6年中与中南政法学院以及湖北省高级人民法院合作，举办湖北省地方法官培训班，一些国内外知名的学者和法官来到武汉，为当地的法官讲课，仅湖北一省受到培训的法官便达到６００名以上。通过这样的培训，法官们更系统地把握了法律专业知识，培养了对现代司法理念的认知，也学习到更多的司法技能。近年来全国各地法院也都开展了不同类型的法官培训，这些必将对中国未来的司法公正以及社会秩序的改善产生深远的影响。

公正的司法与经济发展之间的关系是显而易见的。现代市场经济离不开通过司法对社会关系以及利益冲突的合理调整。已故历史学家黄仁宇先生对于英国近代以来的市场经济发展史的研究表明，所谓市场经济并不仅仅是一种经济管理模式；英国之所以能够在世界范围内率先走向市场经济，与英国法律尤其是司法制度为市场经济的发育和发展提供了良好的基础与环境是分不开的。公正的司法制度严格地界定产权，对契约自由以及交易安全提供坚实的法律标准，对违反规则的行为给予及时而适当的制裁。不仅如此，公正的司法制度在有效地解决个别纠纷的同时，更能够产生对市场交易所需要的游戏规则加以细化和深化的效果。法

官对一个具体纠纷的解决，会给当事人以及其他获得相关信息的人们以宣示：什么样的行为是合法的，什么样的行为是不受法律保护的。人们会从中获得一种预期，从而可以更好地设计今后的行为，使交易得以在更广泛的范围内顺利地开展，也为法律中的公民权利与自由提供坚实的保障。

从这个角度观察，制约我们今天的市场经济建设的最大的障碍或许正是司法不公问题。如一些地方的司法地方保护主义使得人们对于交易安全缺乏信心；同一类型纠纷的判决结果往往只是因为受理法院跟自己的地理距离的差异而大相径庭，以至于人们在打官司时也会像踢足球一样发生主客场感受；对于类似的案件事实或者同样的法律条文，不同的法官甚至同一法官在不同的场景下会作出完全不同的判断或解释，从而严重地违反了同样情况同样对待的基本准则；非法律以及非市场逻辑的因素经常对司法的过程和结果产生影响　加剧了司法决策的不确定性。在诸如此类的情况下，法律以及司法就完全无法保障市场经济的发展，提供公正司法所建立的社会信用越来越稀薄，人们只能依赖朋友、亲属、熟人等因素来保证交易安全，从而加大了交易成本，使整个经济发展难以走上更高的层次。

今天，妨碍司法公正的因素多种多样。全国司法体系的地方化安排使得法院在人事、财政等要害方面过分依赖地方权力是我们首先应当重视的问题。近年来，我国政府十分重视在银行、税务以及工商等领域解决相关权力与资源的中央与地方关系，然而，在作为社会正义最后一道防线的司法制度方面却极少进展，这是很不正常的。法院内部的相关管理制度妨碍法官对公正的追求，也是司法界以及立法界应当设法尽快解决的问题。同样重要的是，我们法官的素质能否适应社会发展的要求。从整体上说，我国的法官素质仍然不尽如人意。由于在很长时间里我们法官的选任标准低下，迄今为止，法官中受过正规大学的正规法律教育的比例尚不到半数。尽管１９９５年法官法明确规定担任法官必须具有大学教育背景，然而，在许多情况下，不符合这一标准的人仍可以进入法院，甚至担任法官，导致法官素质参差不齐的状况长期延续。不难想像，背景如此驳杂不一的法官在审理和判决案件时所运用的知识、对法律的理解以及采纳的标准肯定是混乱不堪的。如此法官群体，欲使其成为市场经济所需要的统一行为准则的守护神，可谓难矣。

提高法官素质的途径多种多样。今年法官法的修改提高了法官的选任标准，我们期待着这样的标准能够得到切实有效的执行。法官的待遇应当得到实质性的提高。历史已经证明并将继续证明，待遇低下、职务尊荣得不到保障的地方不可能实现司法公正。待遇低下会使优秀人才远离法院，进而导致社会愈发不信任法院，不愿意将资源投向司法，司法对人才的吸引力又进一步弱化。同样导致司法官员素质恶性循环的还包括法院内部管理制度中的种种对法官不信任的安排。因为所谓素质低下，所以强化控制和监督；控制和监督愈发使法官感到自己无尊严和尊荣，于是对自己的行为更抱着一种无所谓的心态，结果导致更多问题，进而引发更严厉监督和控制的施行。如此循环往复，希望又何在呢？

不管怎么说，在这样一个终身教育的时代，对现有的法官进行各种各样的培训是十分重要的。它们有助于中国法官整体素质的提高，是司法公正的一个增长点。

（本文作者系北京大学法学院教授、博士生导师）

http://www.rmfyb.com.cn/public/detail.asp?id=30490

上传时间： 2001/12/5　　文章来源：人民法院报

司法公正需要合理的制度环境

by 贺卫方

司法在英文里通常的表述是 administration of

justice，直译为“公正的实施”。在我们汉语里，“法律”以及“司法”等词汇也具有某种公平、正义、无所偏私等意味。尽管如此，司法职业者却并不必然与公正司法的行为相关联。虽然人们对于所谓执法者犯法，对于执掌司法权柄者枉法裁判，草菅人权甚至草菅人命经常表现出格外的愤慨，但是，如果我们没有设立良好的司法管理制度，从而使司法者能够很情愿地去实施正义，那么，人们的愿望再迫切，对司法腐败行为的谴责和处理再严厉，终究是于事无补的。

我们面临的正是这样的情况。一方面，大众传媒不断地报道一些司法官员枉法裁判的事例，每曝光一个，被揭露的法官便要受到处理，从前曾有山东莒南县的那个法院院长，日前又有广西博白县法院的刑庭庭长，都引起社会各界的强烈反响。媒体曝光之后，照例是上级马上派出专门的工作组，调查，处理，其他法官纷纷表示吸取教训，今后一定要严格执法云云。但是，另一方面，那些促成司法腐败的制度因素却很少得到人们的重视，大家平常耳闻目睹的情况依然如故。电视台和报纸不可能在全国每个法院和检察院都派记者常年驻守，结果必然是，谁碰上了，谁倒霉；没碰上的人，依旧逍遥自在，我行我素。

那么，能够保证司法廉洁的制度是什么呢？说起来，原本是很简单的事情。那就是，在较低的层面上，使司法官员无所畏惧；在较高的层面上，让司法官员向往尊荣。

先从较低的方面说。首先我们应当明确，司法界是由人而不是由神组成的职业群体。司法官员行使的权力直接涉及到方方面面的利益，卷入官司的当事人谋求影响检察官和法官，本来是很容易想见的事情。关键的问题是，假如检察官和法官不能不顾忌这些影响和干预，或者说假如他们不顺从外来的干预，自己的利益就会受到损失，那么，独立和公正的司法恐怕只能是托诸空言了。我们现行制度正是把法院以及检察院置于地方权力的控制之下。法官和检察官由地方任命，法院和检察院的经费由地方财政部门控制，司法机关的一切活动都逃不出地方如来佛的手心：用电不能得罪电业局，盖楼不能得罪城建局，孩子上学不能得罪教育局，子女就业不能得罪劳动局，家属农转非不能得罪公安局，更不消说涉及地方经济利益的案件，市长或市委书记一个电话打过来，法院院长吃了豹子胆也不敢公然抗命的。于是，涉及这类地方势力的案件，地位低下的当事人不就只能是满身的理却赢不了官司么？几年前某市一位检察长试图揪住市长公子的案件不放，结果不等案情查清，检察长先接到调令。他感慨道：从前清官还可以抗命到以身殉道，如今想殉都殉不了。事已至此，夫复何言！

尽管司法官员迁就和屈从权势、枉法裁判都是难以宽恕和应当加以揭露的，但是，大众传媒不应向读者表达或暗示这样的观念：良好的法律制度可以寄望于毫无私心的英雄人物。虽然在任何时候，任何地方，不管妻儿老小，不顾身家性命的英雄总有一些，但是，着眼于制度建设，我们必须设法使所有的司法官员都能够从容地把地方权势的干预拒之门外。简单地说，就是要把司法机关的人财物统一由中央来管理。

从较高的层面上说，我们应当想方设法提高司法官员的整体素质，使得司法职业成为一个社会普遍尊重同时从业者自己也特别自重的行业。目前司法界所存在的种种腐败现象与我们的选任制度有密切的关联。社会学的研究表明，不同行业人们操守的差异往往跟特定行业中人的自我评价以及一般社会大众对他们的认定有关。一个受过良好教育、具有很高修养的人在职业行为和日常行为中所表现出的自律并非来自对外部惩罚的惧怕，而是因为不正当的行为会破坏他内心的自我形象，那是比监禁一类刑罚更严重的惩罚。职业的荣誉感不见得是由于这种职业所享有的权力大，更多的情况是因为只有获得很好的教育并表现出很高的知识、才智以及伦理水准的人士方能进入此行业。然而，我们以往在法官以及检察官的选任方面却盛行着一种可谓反智主义的做法，那就是，什么人都可以成为法官，可以成为检察官。什么人都可以进入的行业如何能够引起社会大众的敬重呢？我想，不仅仅外边的人不会敬重，职业内部的人自己也不会自重。值得注意的是，受过完整专业教育者与毫无专业教育背景者工作在一起，结果使得职业发生分裂，不同背景、不同出身的人们难以获得知识和语言的沟通，无从达成职业伦理准则上的共识，行业的凝聚力丧失了，同事之间必要的相互监督也无从谈起。更可警者，良莠杂处的行业中，人员的流向往往是劣胜优汰，借用经济学上的说法，叫做“劣币驱逐良币”。

当然，职业的尊荣也包括收入丰厚且有坚实的保障。不过，这也离不开选任上的高标准。某次会议上，来自法院的人士放言应给法官以高薪，财政部门官员反问道：“凭什么！你们哪一点比其他公务员高明？”

法院人士无言以对。

http://www.china-review.com/execute.asp?path=/content_files/7hwf1.htm2000622/7hwf1.htm&luntantitle=司法公正需要合理的制度

上传时间： 2001/9/18　　文章来源：中评网　　本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

司法与传媒的复杂关系

——2004 年 12 月 15 日晚在华东政法学院交谊楼作的学术报告

by 贺卫方

大家晚上好！对于我来说，华东政法学院是我做兼职教授的大学，那么能够过来交流一下，自己想讲一下对于新近的制度建设和我们法治发展上的一个关键问题的看法。题目是《司法与传媒之间的复杂关系》。在这个月的 13 号，文汇报上的“上海高校学术报告”栏目已经公布了这样一个题目。

司法与传媒的关系是非常密切的。我自己过去有一次学术报告的题目叫做《支撑宪政大厦的九大支柱》，其中有一个是司法独立，有一个是新闻自由，这两者之间是唇齿相依、唇亡齿寒的关系。如果没有新闻自由，一个国家的司法无法表现良好，它不可能是公正的司法，因为没有新闻对于司法进行切实有效的监督，另一方面，如果没有司法独立，新闻也不大可能获得自由。

我最近一直在观察我们司法界判决的案例，我觉得这些判例会给我们很多启发和教益，让我们思考许多问题。早在五年前，我曾经对北京市海淀区人民法院所作的一个判决进行过评论。那个判决是关于言论自由问题的。在保定市有个小伙子叫王洪，王洪在北京的恒升笔记本电脑公司买了一台笔记本电脑，回去后这个电脑老出问题，比如说，这台电脑用久了就烫手，关机后屏幕上总是有个白点，没有办法消失，这个电脑还有一个毛病就是噪音很大，仿佛是一个拖拉机在自己书桌上运行（笑声）。然后他就回到恒升电脑公司要求退货，恒升公司说，你自己已经升级过了。王洪说，升级并不影响电脑的其他功能，为什么其他功能出现这样的问题，希望公司做出解释。公司说，我们不能给你退，只能给你修。王洪说，那就修，反正是保修。恒升公司说因为你自己升级过了，所以不属于保修范围，你必须给 7000 块钱，才能修这个电脑。王洪非常愤怒，就想方设法地说服电脑公司。公司根本不被说服，王洪几次从保定到北京，终于忍无可忍，就在网上贴了张“大字报”《请看我买恒升笔记本电脑上大当的经过》。在这篇文章里，他很愤怒地说，恒升笔记本电脑简直是个垃圾产品，它就是豆腐渣，我希望所有的人都不要买这样的电脑。然后跟贴的人很多，大家知道，现在网络时代，我们享受着空前的一种言论不自由（笑声）。但是不管怎么说，他贴出去后，后面跟贴的就很多。大家都声援王洪，都说我们今后不买这家公司的电脑了。恒升笔记本电脑公司终于觉得这件事影响到它的利益，于是恒升公司起诉到法院，起诉到管辖我的法院，海淀区人民法院，起诉之后，经过辩论，最后海淀区法院作出了判决，判决王洪侵权成立，王洪损害了恒升公司的名誉权。大家知道，中国是少有的几个规定了法人也享有名誉权的国家。法院判决王洪赔偿笔记本公司 50 万元人民币（惊讶声），然后又判决两家转载这篇文章的媒体各赔偿将近 25 万元，而恒升公司获得了将近 100 万元的收益补偿。那么后来这个判决发布后，我自己觉得我需要对这样的判决发表一点评论。你们知道，对于批评海淀区人民法院，我是心存顾忌的。因为搞不好的话，我就会被他们所审判，这样不大好办，但是这样一个案例因为涉及到言论自由、媒体监督的问题，我觉得我不能不说话。于是，我就发表了一篇文章，叫《不智的诉讼、含糊的判决》，对于这样一种诉讼本身的缺陷，法院判决中的问题提出了批评。我的批评包括我们的法官也许没有理解到名誉权或者言论方面所涉及到的民事纠纷，实际上跟宪法密切地关联着。我们的《民法通则》保护了自然人和法人的名誉权，但同时《消费者权益保护法》保护了消费者对于企业进行批评的权利，我们宪法第 35 条明确规定在这个国家的公民享有新闻出版方面的自由，享有言论的自由，我们必须要保持这两者之间的平衡，我们必须要考虑到一个公民要发表相关的言论的时候，它是否是在履行宪法所赋予他的一种权利。同时我认为，王洪先生过分激愤的言辞，法官必须要进行细致的考量，那就是他的言辞正是由于过分情绪化、过分激烈，反而损害了他言辞的说服力。

你们知道，最有说服力的言辞是什么？不是情绪化，而是非常理性的层层剥笋的这样一种言辞。大家记得舒肤佳香皂的广告吗？它跟大家说舒肤佳多么好，如果你用普通香皂洗手，洗完后仍然有很多细菌残留。哇，很多细菌，一看就很害怕（笑声），但是你要用舒肤佳的话，细菌就少多了。它说少多了，但是他广告上还留了 5、6 个细菌在动。它不会说，细菌死光光（笑声）。它不说这么说，它一定要保证一种理性化状态，它也不说舒肤佳就是好、就是好，其他香皂都是垃圾（笑声）。这样说反而没有说服力，所以，依据一般的常人能够判断的标准，人们不会信以为真的言辞，不应该构成侵权。这是我个人的一个观点。同时我也认为，我们的法官也必须考虑到对企业发展带来怎样的影响。我们不了解诉讼的当事人常常想，一个诉讼就是对纠纷当事人有直接影响力，但我们也应该想到一个诉讼也常常影响到没有介入到诉讼中的人。法官如果在这起案件里判决这样的言论属于侵权的话，那么，我们今后都不能去随便地发表批评一个企业的言论。因为即使我们国家不是判例法国家，但法官做出一个判决，它不可能说一个人今天是这样做的，明天一下子就改变，以今日之我非昨日之我，这一点是不大容易做到的。所以，会保证一个决策的某种连续性。而且一个企业，尤其是生产计算机的企业，在一个 INTERNET 时代里，居然可以起诉自己的消费者，简直可以说是愚蠢到家了。我认为，一定是他们的管理制度出了严重的问题，才会打这一场官司。如果我是恒升公司的老板的话，我宁肯自己拿出 50 万元钱来堵住王洪的嘴。你们知道这会产生怎样的效果，王洪会高兴的不得了，回去后不断的说恒升笔记本电脑好（笑声）。这样的广告效益要比他们自己拿钱的广告要好的多，这就是网络时代的特点，但是企业居然如此愚蠢！我认为，鼓励和奖赏这样愚蠢的企业，对中国整个的经济发展将会产生相当严重的负面影响，所以这是含糊的判决，而且是不智的诉讼，我认为最终会是“赢了猫儿赔了牛”（笑声）。我们宋代有一首诗，劝告大家不要打官司，叫“OOOOOO,

赢了猫儿赔了牛”（笑声）我认为这就是这样一种赔了“牛”的做法。他将会付出很大的代价。付出的代价包括，比方说我走到一个地方，我就会说大家要注意这个企业，恒升公司的“恒”是永恒的恒，“升”是太阳升起来的升。（笑声、掌声）这个公司已经没有多少人去关注他了，也没有多少人去买他的笔记本电脑了，也许就是因为这场官司而使其付出的代价。

美国最高联邦法院的大法官说，一个优秀的法官不仅仅要是一个优秀的法律人，而且应当是一个优秀的历史学家，他要懂得历史，他又应当是一个先知，他还要是一个哲人，那就是对社会进行一种良好的判断。这是我们通过这样的案例看到的情况。当然，后来这个案子上诉到第一中级人民法院。第一中级人民法院判决继续维持原判的关于是否构成侵权的这一部分，但是大规模地减少了王洪的赔偿数额，最后减低到赔偿 8 万元人民币，由 50 万元降低到 8 万，而且其他两家媒体都不需要再赔偿了。恒升公司只获得了 8 万元钱，但王洪先生 8 万元钱也拿不出来，最后海淀区人民法院对他进行拘留，把他抓起来了。许多网上的朋友都对他进行捐款，就把王洪的这笔帐给还掉了。

这是五年前的案件，但是这些年来，你们发现中国的司法界也不断地在探索和摸索，也有很多优秀的法官，他们有感于我们的司法不能很好地保护公民实现他们宪法上地权利，人们也在做一些摸索或探索，其他一些案例非常有趣，在我们上海，有范志毅诉《东方体育报》案（是叫《东方体育报》吗？我对上海地报纸现在越来越感到陌生了。在文革期间，我们都看《文汇报》、《解放日报》，即使我们在山东，也要看的。现在上海的报纸上海人也不怎么看了。我知道《文汇报》原来是全国性的报纸，现在连地方性的报纸都算不上。那么，《东

方体育报》报道范志毅赌球啊，范志毅先生怒不可遏，认为他根本没有这些事，于是他就告到法院，大概是徐汇区人民法院。徐汇区法院有位法官作出了判决，他的判决告诉范志毅，也告诉我们每一个人，范志毅作为一个公众人物，必须要接受媒体的更强有力而严格的监督。在这个案子的监督过程中，不可避免的会出现这样那样局部的失实，这样的失实是媒体监督中必然会出现的问题，所以驳回范志毅的起诉。范志毅铩羽而归。这样的案例让大家看到第一次在中国的判决书中出现了"公众人物"这个概念。"公众人物"来自于英文。大家知道叫做"PUBLIC

FIGURE"。公众人物是什么，在美国的概念里也包括行使公共权力的那些人，包括社会中间非常知名的人士，比如象今天主持讲座的游伟教授（笑声、掌声），包括影视界、体育界的明星们，也包括那些由于自己本身的原因而卷入公众事件中的人物，比如说莱温斯基（笑声），莱本人不是公众人物，本人就是一个普普通通的白宫实习生，但是她个人和克林顿总统发展点异乎寻常的关系，于是这个事件一旦被报道，因为克林顿本人是公众人物，她因这样的事情也变成了公众人物。莱没有办法说你侵犯了我的名誉权，地球人都知道了，你这个报纸老报道这些东西，她甚至肖像权也没有了，全世界各地的报纸随便登她的肖像，她不可能去主张这样的肖像权，这样的概念大家都知道。1964 年在美国联邦法院作出了这样一个判决，是《纽约时报》诉沙利文案。1964 年这个案件对于美国的媒体如何去监督公众人物可以说是里程碑式的案例，它甚至传播到了世界各地。沙利文案件所确立的原则被意大利所接受，被德国所接受，一次次的被各个国家所接受，它的原则是什么？那就是一定要确保媒体在报道涉及公众人物的事件时，没有办法要求一个媒体所说的话都是真的。大家知道，一个媒体记者，新闻英语叫 NEWS，前面是个 NEW，如果不 NEW 的话，它就不是 NEWS。（笑声）NEWS 什么意思？就是要新，此时此刻刚刚发生的事情我们要保证公众都能知道，你们看到 CNN 这样的电视台，它已经发展出了所谓现场直播新闻。"9·11"事件的时候，我们领略了现场直播的新闻，正在发生的事件。电视台正在直播。到晚上 9 点多的时候，有朋友告诉我说，快打开电视看"凤凰卫视"，我打开电视一看，好家伙，第一幢大楼已经摇摇欲坠了，飞机已经撞过了，接着我们眼前就是第二幢大楼被撞的情景，现场直播，哎呀，这个叫新闻，我们中央电视台还没播，中央电视台歌照唱、舞照跳，没发生什么事。正好那天晚上 11 点左右，有个中央电视台的朋友打电话给我，我说："你们怎么不播啊？"他说："上边还没有说我们按照什么样的口径来播呢"。（笑声、掌声）你们知道这如何保证公众的知情权呢？所以对于一个媒体来说，我们不能苛刻地要求一个记者。他所见到的事情，他马上就发表的时候，更是如此！你们知道人都有局限性，人不是上帝，上帝才是全知全能的。一个记者只能根据他眼前所观察到的情况，做出一个判断，然后写成文字来发表，这个时候不可避免地有许多东西他看到的可能是片面的。每一个人都是片面的，每一个人只有一张脸，一双眼睛，我们的背后没有眼睛。这个时候要是游伟老师在背后嘲笑我，我眼睛就看不到。所以，你们知道这个世界上没有一个人是全知全能的，要及时迅捷地发布讯息，我们必须容忍记者的失实，《纽约时报》诉沙利文案确立的另外一个非常重要的准则，就是当一个公众人物要提起名誉权或诽谤案诉讼时，他必须要向法院提供证据，这个证据表明了报道者或者媒体有实际恶意。什么叫"实际恶意"，非常简单，就是明明知道一个消息是虚假的，但仍然发表出来。这个举证的责任是交由原告来举证的。那就是你告这家报纸，你要把证据拿出来，证明写文章的这个记者有实际恶意，这个证据几乎是没有办法拿到的。那就意味着美国联邦最高法院已经从根本上封杀了公众人物可能提起名誉权诉讼的机会，很少有这样的情况，公众人物能够打起这样的官司。

我曾经在北京和联邦最高法院的大法官之一（九个老人之一）的安东尼·肯尼迪大法官

有过一次座谈。他说我们现在对于状告报纸这样的案件受理得很少。因为状告报纸尤其是公众人物状告，法院如果轻易受理的话，就必然导致媒体不断应诉的情况。大家知道，即使是所有的案件都判这些媒体胜诉，但媒体要为这些案件所付出的律师费、差旅费，各种各样的费用，已经是没有办法承担了。这样的一种审查，法院不能很好地维护新闻自由的话，必然导致报纸谨小慎微，挑刺不如栽花。报纸天天说 GDP 又提高了，粮食产量又获得了空前的丰收，为什么呢？不会出现纠纷啊！人们通常不会因为表扬自己的文章而去打官司。所以，这就会严重抑制新闻本身对社会的监督作用。上海法官在我们的法律没有一个字涉及到公众人物的时候，我们上海法官就走在了历史的前头。（掌声）在他们的判决里居然用了公众人物这个概念，而且这个判决得到了许多人的赞赏，这是我们司法一个很大的进步，我们法官探索着如何维护新闻自由。

接下来一个案件发生在北京，但是当事人和上海有关系，余秋雨诉《北京文学》和肖夏林案。余秋雨也是个公众人物，最出名、最 POPULAR 的一个作家，据说有些地方扫黄打非，在妓女的包里可以搜到余秋雨的书（笑声、掌声），可见他的知名程度。余秋雨当然也是个颇受争议的人物。有许多人在天天想着怎么骂余秋雨，包括像余杰先生，北大中文系的毕业生。余杰先生就抓着余秋雨在文革期间的经历，扭住不放。余秋雨是当年文革期间一个写作班子"石一歌"的成员，文革期间有很多的写作班子，都是一种笔名、一种化名。像北大和清华两个学校的一些个丑陋的学者，大家合在一起写文章的名字叫"两校"。上海这边也有十一个成员形成的写作班子叫"石一歌"（取谐音），很美的名字，这"石一歌"里也就有余秋雨先生，然后就被抓住不放了。《北京文学》的肖夏林编辑写了一篇文章，题目叫《文化中的文化》，这篇文章很有意思。他评论目前文化界的一些现象，但是文章的主旨是批评余秋雨，说余秋雨这样的人沽名钓誉，他根本不是一个文化人，他不是个像样的学者，比如说他在深圳，他说深圳是中国文化最重要的地方之一，是中国文化的桥头堡，深圳将来会出现中国文化的深圳学派。大家知道，20 多年前，深圳还是个小渔村。他怎么会说这么多的好话，肖夏林先生在文章里面说，哦，原来不是偶然的哦，（笑声）因为深圳市政府免费送了他一套毫宅，你看看这是交易，一个文人，一个知识分子，做交易，这边给他房子，那边就说这边好话，这是怎样的一种事实，文化在这个地方成为赤裸裸的名和利，哎呀，这篇文章在北京文学上发表了。余秋雨当然是非常的郁闷，（笑声）非常地不高兴，然后他就开始诉讼。你们知道，余秋雨准备在"文化苦旅"之外进行法律苦旅，（笑声）要打一系列的官司。他已经打胜了一个官司，就是那个叫"秋风秋雨愁刹人"的案子，得了 10 万的赔偿金。接着他到北京打这场官司的时候，遇到了一些障碍。他起诉肖夏林和《北京文学》，肖夏林打电话给我，不是，是肖夏林派他的律师（他的律师现在已经成为中国专门打名誉权官司的被告方的救命律师浦志强。中国政法大学单色毕业生，本科是在南开大学读的。浦志强律师代理的案子很多，很多很有名气的案子，比方说前不久，安徽阜阳的《中国农民调查》案件的被告方就是由他代理的，他代理那两位作家。）给我打电话说能不能写一点文章，造造势。（笑声）因为他们都知道我在好多年前就发表过文章，对公众人物这个概念试图加以倡导，然后他们就觉得我写文章多多少少会有一点影响力，然后影响这个法官。后来我说，通常在一个案件判决之前，不愿意写文章。因为自己一直是研究司法制度，跟法院的许多人关系都不错，所以，多多少少有点影响司法的感觉。同时我说，你们把肖夏林的那篇文章拿来我看看，结果拿来一看，我说我不能写。因为那文章里边除了提到余秋雨外，还提到我咯，（笑声）但是是把我当作先进典型来对待的。（笑声）就是说我们这个社会里边也有一些严肃的知识分子。（笑声，掌声）然后我就说：这个不好，这个像是"狼狈为奸"。你说我好，我现在帮着你说话。这不好。我觉得这种交易太难受。我说：不要紧，我们要相信我们的法院，我们的法官。而且有浦志强律师那样的好律师。然后这官司就打打打，最后判决出来了，这

个判决我一看，啊呀，真是好！北京市东城区人民法院的一个法官，所作的判决里边，进行了一种非常详细的推理，他告诉案件的当事人，这样的案件到底是否是肖夏林本人在捏造事实，这个情况非常重要，那么浦志强律师他提前对这个事情就预测好了，说法官大人，不是，咱们中国不说法官大人（笑声）。对，审判长，我们有一个证人要求出庭作证。于是，就请中国社会科学院一位研究哲学的教授叫黎鸣，不是唱歌的那个。（笑声）请黎鸣先生到法庭作证。说是这个事情，在肖夏林写文章那段时间，北京地区的学界、文化界都在传说余秋雨得了一套房子。这个证据被法官所采纳，法官说，这就表明，这不是肖夏林个人捏造出来的事实，不能完全说是空穴来风。而且这个案件也在认真地确立一个准则，一个人在写文章的时候，他必须认真地去核实事实，但这种核实不能要求太过分，不能超出一种合理的限度。比方说，这个案件所涉及到的一种情况，肖夏林作为一个普通的编辑，他如何能去核实这样的事实，这是非常困难的一件事情。然后他们还告诉我说，当时法庭上还需要举证，你说你的名誉权受到了损害，所谓名誉权受到侵害就是社会公众的评价度下降，那原告方是否能举出证据来证明，你的评价度下降了，这个证据几乎是没有办法举的，所以最后东城区人民法院的法官惊堂木一拍，驳回起诉。余秋雨“法律苦旅”就此结束了。（笑声）大家知道，这对于我们的作者、我们的媒体来说，是非常重要的判决。

接下来前不久又出现了一个判决，又让我感到很振奋。那就是广州市华侨房屋开发公司诉《中国改革》杂志社案。《中国改革》杂志社是中国体制改革研究会所办的一份杂志，总部在北京，他们在刊物上对于华侨房屋开发公司这样一个国营企业所出现的内部管理方面的严重问题进行了批评，说他们的管理层在“分肥”，国有资产在流失，国有企业原来的那些员工们他们的利益得不到保障。媒体进行了报道。报道完了，华侨公司觉得这是对他们的名誉权的侵犯，就起诉到广州市天河区人民法院。广州市天河区人民法院受理了这个案件，最后做出了判决。这个判决，我说我振奋，你们都想象得到，判决华侨公司败诉。在这样的判决书里，三位法官，这三位法官的名字，一个叫巫国平、一个叫伍双丽、一个叫郭越。我准备今后无论走到哪儿，提到这个案例的时候，我都要把名字说一说。因为好的法官，我们有义务让地球人都知道。（笑声，掌声）我们国家有这么好的法官。当然，判的差的案例，同样是天河区人民法院判决的另一个案例，让我们感到羞辱。那就是《南方都市报》的总编辑、总经理喻华锋被判刑的案件。12 年徒刑，到了二审的时候，改判为 8 年徒刑。我认为这样的案件，是一个法官生涯中的耻辱。有许多朋友说，贺教授，你不能这样做，你知道有些案例不是这个法官判的，后边有人逼着他们这么判，你板子打在法官的身上，那是不合理的。我说不，我顾不了那么多了。（笑声）我觉得我们遇到一些判决非常糟糕的判例的话，走到哪儿就说到哪儿，就跟这几个人有关系。那我觉得逐渐地激发我们的法官，最后法官就是说，你们愿意判你们判，老子不干了。（笑声、掌声）省得那个叫贺卫方到处说我（笑声）。我想我们这三位法官，差的法官我暂时不说了，这三位法官是多么的优秀。他这个判决书里边，确立了非常有价值的几个原则，一个原则叫“合理信息来源”原则，如果根据实事求是原则来说的话，这个报道的确跟后来的真实情况有差距、不一样。但是，他们记者依据什么来做的这个报道，发现这是企业的年度报表啊，有一些广东当地报纸的内参啊，然后记者根据这些个材料做出了自己的报道，同时有些访问。法官说，一个记者报道一个事件，你不可能要求他变成一个科学家、一个侦探，永远这样侦察下去，他要及时报道一般的新闻界所公认的合理的信息来源，我们就不能够苛求他，他只能够走到这一步。你的企业报表本身，由于你们的原因，存在着缺陷、问题，不能怪罪记者。另外，确立的非常重要的原则叫“公正评论”原则，也就是说，媒体所做的评论是否侵权，要取决于他所作的评论是要追求什么，他的目标是什么？法院的判决书说，固然这些评论里有个别字眼有一些情绪化，但是他最终的目标是为了维护国营企业的利益，为了维护每一个国营企业的工人的利益，职工的利益。所以，

这样的评论对这个国家是有价值的，不可以被认为是侵权。就这样驳回了起诉。

我开头举了一个我不大高兴的判例，但是后来我发现好的判例越来越多，常常有许多朋友说，我们现在法院的情况怎么可能变好，就是对法院特别的失望。但我说你要看到这些个判例的话，我们能够看到我们法院系统也有一些非常有追求的法官，可以说绝大多数的法官，他们在追求着能够用更加合理的方式来推动这个社会向前发展。那么，你们可以发现，现在的判例里面，我只是举了三个比较好的判例，但是还有不大好的判例，同样是北京地区所作的判决，陈永贵同志他的遗孀诉吴思案，吴思大家都知道，写潜规则的那个著名人物。吴思写了另外一本书叫《陈永贵：毛泽东的农民》，大家也许根本不知道这个人的名字，但是我们这一代人，那可不得了，大寨，你们都知道啊，文革期间炙手可热的人物，全国的劳动模范后来升为国务院副总理，农民当副总理，我觉得很尴尬。当然他也有很开心的地方。每天喝一瓶茅台酒，这么好的酒一天一瓶。这个是官方给他配的消费。他感到最不舒服的就是每天要接见外国人，人家西装革履地被接见，他还要穿着一身农民的衣服，还围了一个羊肚毛巾在头上接见外国人，外国人和他握手的时候那表情都是诧异得不得了，仿佛是跟外星人在握手，而陈永贵也不知道跟人家说什么，他根本不了解西方的、外国的这些情况，但是他官至国务院副总理。永贵儿大叔（笑声）后来就去世了。吴思这本书也出来了，我一直觉得死人是否应当享有跟活人一样的名誉权、肖像权，这是个很值得研究的问题。我们都知道西方国家的法律制度对死去的人的保护，一向就没多少保护，人已经死了嘛。大家知道名誉权、肖像权这些东西属于人格权的一部分，人格权一定是和一个活着的自然人相关联的。你在报纸上写一篇文章骂我，我感到很痛苦，不堪忍受，活着还不如死了。但我要真死了的话，你再怎么骂，我不会痛苦，因为我已经死了。但是这些东西在中国，法律规则阐释的不清楚，所以导致司法实践中很大的混乱，比方说，在台湾也曾经有过这样的事，台湾有一个刊物发表了一篇文章，说著名的作家韩愈是死于花柳病，性生活不检点。接着，法院就受理了一个起诉，一个姓韩的先生做原告，（笑声）说是侵犯了我得爷爷的爷爷的爷爷的爷爷的爷爷……的名誉权，（笑声）这就是著名的"诽韩案"，结果法院还判决侵权成立。（笑声）当然我们这个国家在文化方面，这一点我觉得我的观点并不极端，我觉得中国的文化和西方的文化有差别，西方的文化由于基督教的改造，他的家族主义已经变得不是那么严重了，家族主义早在古罗马后期随着基督教的传播，随着日耳曼人和罗马人之间的民族的融合，最后就使得家族主义这个东西给打破了，所以他们接受了基督教，对他们来说，最应该敬重的就是上帝，上帝是唯一应该崇拜的对象，别的你不可以崇拜，基督教传播到中国来遇到的最大障碍就是这样一条。中国人你信了基督教，然后崇拜上帝，但是旁边还有着祖宗的牌位，他也崇拜祖宗，到底能不能崇拜祖宗，这在明朝的时候发生过所谓的礼仪之争。罗马教廷坚决禁止中国的基督徒一边崇拜上帝，一边崇拜祖宗。这家伙，这还了得，崇拜其他的偶像，这是基督教所不容许的。在中国的传教士觉得，啊呀，也不防建设有中国特色的基督教嘛，（笑声、掌声）然后就要打折扣，这点是非常麻烦的，因为基督教也好，佛教也好，传到中国来的时候，都遇到这样的障碍。咱们中国人说这样的宗教叫无父无君。没有父亲，没有君主。这样的东西算什么乱七八糟的东西，所以受到强有力的抵制，我们不喜欢这个东西，我们搞祖宗崇拜，家里边有祖宗牌位，这是中国人家庭的一种常态，所以中国和西方不一样，一个中国小伙子和一个美国小伙子吵架，我们骂人都是往上骂的。（笑声）中国小伙子气极了，说："我跟你妈如何如何。"然后，那美国小伙子愣了半天说，那是你和我妈之间的关系。所以西方人和中国不一样，它这个法律制度从根本上来说死人的名誉权啊什么的都没了，但是我们国家在我看来，如果一点都不保护的话，也不大符合这个民族的某种文化，也许应该保护，但是保护到什么程度，这是一个问题。当然这个案件更重要的是，吴思在《陈永贵：毛泽东的农民》这本书里，没有做别的事，他只是把陈永贵历史上的一个事情给揭露出来了，陈永贵在历史

上，曾经在年轻的时候，参加过日伪的组织。这个东西是中央有文件的，但中央文件是内部发行的，然后老干部的回忆录，有些老干部的回忆录回忆起自己年轻时曾经参与过陈永贵这个事件的调查，也作了证实，吴思作为一个历史学家，他的写作引用这个东西没有问题，但是老干部的回忆录也没有多少人读过，影响不大。但是吴思一枝生花妙笔一写，知道的人就太多了，并在《北京青年报》上连载，陈永贵的家属就感到非常的愤怒，他的太太和他的儿子向北京的法院起诉，最后北京法院判决吴思侵权成立。大家知道要赔偿多少多少万块钱。有一次，我们还在一块儿开座谈会，关于这个案件。吴思还着急，这可怎么好，要我赔偿肆万块钱。我到哪儿去找这肆万块钱。我说你别哭穷了，赶快给人家钱。（笑声）你们看到了深一脚、浅一脚这样的状态，我们要仔细分析一下子，从一个浅层次上来说，为什么对于媒体，对于公众人物的批评，在中国的现在的司法保护过程中显得非常的不平衡。

到底原因在哪儿？我们都知道，首先一个原因是我们相关的立法和法律解释方面太过粗陋，以至于没有办法为法官的决策，为法官判决案件提供一个比较确切的预期。法官在判决这样的案件的时候，我们在立法层面上没有解决这样的问题，刚才说的公众人物问题，说的公众评论的问题，说的所谓的依据的消息来源是一种合理的来源，这些东西都是法官在判决过程中创造出来的，不是我们国家的立法所规定的，我们要制定中华人民共和国民法典，民法典前一段时间很热，前一段时间讲座很多，我不知道我们学校是不是也来过一些人，讲民法典制定，一些老辈的学者也很着急。那天我问江平老师，您觉得我们的民法典多长时间能够完成啊。江老师说："我看不用多长时间，五年差不多吧。"江老师岁数比较大了，他希望自己有生之年能够看到这部民法典的诞生，跟他一样急切的是李鹏前委员长，李委员长希望自己能够成为拿破仑一样的人物，拿破仑主持法国民法典的制定。"我的光荣并不在于打胜了三十多场战役，滑铁卢一役就使得所有的胜利黯然失色，使我永垂不朽的是我的民法典。啊呀，李鹏也想做个永垂不朽的人啊。但是，最后，在他任上的时候，推出了《中华人民共和国民法典第一草案》，这个草案出来以后，许多民法学家都不再说话了，因为这个草案简直让人怒不可遏。怎么搞出这么个东西来了。梁慧星老师有一天。我问起他来他说：卫方，以后见了我不要再问民法典的事儿。（笑声）江老师说："看来我是看不到了。"（笑声）那是很郁闷。因为那个一草里边有很多问题，开头的时候，一草提交是比较正式的文本，在那个初次起草的东西里边是有公众人物这个概念的，有这个概念让我们感到很振奋啊，好家伙，以后也有"公众人物"了。公众人物的隐私权可以因为公共利益而受到限制，多好的一个条款，但是提交到全国人大的一草，我们再一看，没了。啊呀，我发现上边还是有人很厉害，眼睛是贼亮贼亮的啊，（笑声）能够看的出来问题的奥妙。所有的东西都给删掉，而且七零八落的一个法律条文。而且我们现在的司法解释，我常常问一个问题，我们学法律的人这样的问题是我们的基本问题，我们如何保障在这个国家里边，法官决策是平衡的、是稳定的。比方说，法律面前人人平等，如果全国的法官引用的法律条文都是一个条文，都是一部法典，是否能够确保法律面前人人平等，好像不大可能，因为比方说，"王海打假案"就是一个最典型的例证表明这做不到。《消费者权益保护法》是中华人民共和国的法律，适用于全国，49 条应当适用于全国，但是大家都适用这部法律，作出的判决却是不一样的。王海说，我在这儿是消费者，在另一个地方不是消费者。你会发现，"消费者"这个概念成为一个关键词，如果我们的法院、我们的法官对于"消费者"这个概念的解释是七扭八歪，深一脚浅一脚的，那么就不可能保证全国同样的行为得到同样的对待。消费者很奇怪啊，消费者是什么，我到商店去买一件衣服回来穿，我当然是消费者。但是我一下子买了 50000 件，回来以后说：你这是假货，你要赔偿，双倍返还，这算不算消费者?大家知道，这涉及到私法的根本性问题。每一个案件，法官在他的判决中间，实际上都在解释着法律的概念。如果我们没有办法让这个国家的法官尤其是上诉法院的法官在解释相关的法律概念方面保持一致的话，这个国

家不可能获得统一的法治，我们不可能法律面前人人平等。这样的平等包涵着空间意义上的平等，一个上海的法官的解释要保持跟云南的法官的解释一样；这样的平等还包涵着时间意义上的平等，一个今天的法官要保持和昨天的法官的解释的一致性，如果没有这样一种法官对于法律关键的概念，基本的规则所作的解释的一致性的话，我们宪法第五条所规定的法治统一原则就势必成为一句空话，那么我们目前这样的一种状态，我们似乎做不到这一点，我们的新闻法制这方面，最高法院也非常急切，他们也出台了一些个规则，比方说非常重要的一个司法解释，大概是出台于 1999 年或者 1998 年，具体时间我记不清，有感于最近涉及到新闻的诉讼越来越多，最高法院作出了一个解释说，对报纸的报道的要求是要做到基本事实的准确，但是非基本事实不能要求所有的东西都准确，这个东西看起来是要鼓励记者更加大胆的、更加直截了当地去进行批评地一种解释。但是问题的关键在于这样的所谓的最高法院的解释仍然需要解释，那就是说什么叫基本事实，什么叫非基本事实，搞不清楚，至少不是特别的清楚。我们仍然需要一种解释，来使得全国都遵守这样的解释，所以一个国家的法律体系绝对不仅仅是立法创造的，而且也包括我们通过上诉审，最高法院的法律统一的功能，来使得相关的规则（法官所必须遵循的规则）保持一致，我相信在座的许多同学读王泽鉴先生的著作，王泽鉴先生的著作有许多东西在解释什么，他在研究什么，研究主流的解释，一个国家，法官们对于相关的概念有一种共识，形成主流解释。每一个法官判决案件的时候都必须不仅仅遵循法律条文，而且包括这样的一种解释，这样的话才能够保持法律的统一性，我们没有这样的主流解释，我们国家法律的统一的机制，我想大家不妨去研究一下在中国怎么去保证法律的统一几乎可以说是非常的粗陋的，没有办法保障法律的统一，有一次有一位美国的法官，美国联邦第七巡回上诉法院的法官，叫 Diana

Wood（？）的一位女法官，她在中国的两个地方给法官讲课，一个是上海，一个是武汉。在上海讲课，讲完课到武汉，我正好在武汉中南政法学院的，我作为这个项目的协调人，然后也协调她和中国的法官的交流，她给中国的法官讲课，她说，我刚从上海过来，她知道湖北省高级法院的法官在下边，她说我想请教湖北省高级法院的法官们，你们是否能够常规性的研究上海高级法院所做的判决？湖北高院的法官说，对不起，实话实说告诉你，不研究，（笑声）我们也不知道他们怎么做判决，除非他的判例被最高人民法院的《人民法院判例选》登出来，我们偶尔能够接触点，但是不是常规。Diana

Wood 法官就问，那你们怎么能够保证同样的事情在上海和在武汉能够同样的处理，法院对待不同地区发生的同类案件能够同样的处理，你们怎么能够保证这一点。这样一问，我们法官就不知道怎么说了。我们虽然法律上明确宪法规定，法律面前人人平等，但是实际上我们没有这样的机制来保障法律面前人人平等，更不消说这两年越来越多出现的争夺管辖权，管辖权异议越来越多，老百姓打官司多多少少有点主客场的意思（笑声），在自己所在的城市打官司，这是主场，哟，人生地不熟到了新疆了，那是客场，为什么有这么大的问题，那是因为法官他的确可以上下其手，他可以对法律作出完全不同的解释，你还看不出来他到底违法不违法？他还引用法律条文，当然这不算甘肃的一个法官，他最后判决案件说，根据“中华人民共和国新闻法”第三条的规定作出判决。（笑声）结果我们国家并没有新闻法。所以我们现在在立法和法律的解释这两个层面上，我们都没有一些非常确定的准则，让我们能够对新闻更加直接、直率地批评这个社会中一些个有权势地人物而提出框架上的保护。所以司法界在处理这样的案件的时候，往往就不知道依据什么，这也是为什么有一些案子判的特别好，有些案子判的特别不好，另外我们可以总结一个规律，那就是在今天这样一种公众人物的名誉权纠纷的案子中间，好像有一个区别，这个区别就是现在看起来有一些个重要人物，政治方面比较高层次的人物，他们的案例通常是原告胜诉。刚才我举了陈永贵的，同时像鲁

迅的儿子周海婴，大家知道周海婴先生也喜欢打官司，每个地方用了他爹一个肖像，他那个爸爸当然是很伟大的一个爸爸，中华民族的一个文学方面的象征，现代文学的象征，鲁迅这样的人还有肖像权，我觉得真是不可思议，鲁迅早就变成了公共财产了，大家随便可以用。当然你不能诋毁性的用，但是出版一个“鲁迅传”，封面用鲁迅的肖像，怎么会这也算侵权呢？周海婴先生就天天打这样的官司，最后就挣了不少钱。他老爹生前穷困潦倒，死后他靠他老爹来吃饭。这种东西我想我们的国家需要有一些个所谓的法律上边怎么去限定的问题，那么鲁迅这样的一个人，他是一个政治符号，是一种社会的公众人物，真正是一个很伟大的符号，那么这样的一个人涉及到案件的时候，他的后代往往能够胜诉，但是余秋雨为什么败诉，余秋雨已经不是个政治符号了，已经在政治方面没什么重要性的一个人物，他就败诉。范志毅就败诉，（其他的那些个好像……

臧天朔曾经胜诉过，某个网站评价十大丑星，他居然胜诉，那个案例也是个非常糟糕的案例）所以你可以发现他有个规律性的东西，可以发现有些案件肯定会受到外部力量的很强有力的干预的时候，这些案例往往是原告胜诉，如果有一些个外力不干预的时候，法院可以自主地判决一个案件的时候，往往法院能够维护新闻的一种价值。新闻自由的价值或者批评的价值。我们说这是现在的一种情况，这是非常有趣的一个规律，逐渐地形成一个规律，这一点也要求我们逐渐地去推动这个国家地司法独立，因为司法如果不独立的话，我们就必然遇到这种不平衡的状态，因为一切取决于这个案例涉及到的是什么人，而不取决于法律对这样的情况的一个规定。

接下来我们要稍做一些分析，是一个更深层次的问题，那就是我们宪法规定的新闻自由的这样一种价值到底应当如何理解的问题。我们知道有许多地方，大家对于新闻自由似乎有一点恐惧，总觉得新闻自由会给社会带来动荡，比方说记者看到什么就可以发表什么，可能给我们带来许多负面的东西，使得我们这个社会不稳定，经济不能够很好的发展等等，那我们要考察一下子在新闻自由这个领域中间，古往今来人们是怎样去判断新闻自由这样一种价值（对社会的价值），让我简要的说，因为也说不了太深，太深了容易出问题，新闻自由从最早的是，我想一个经典性的作家是弥尔顿，英国著名的诗人弥尔顿，弥尔顿写过讴歌新闻自由的一个非常重要的文献，后来是约翰·穆勒，英国著名的哲学家，写过一本书就叫“论自由”，其中有包涵“新闻自由”这样的论述，言论自由、出版自由，其实这些自由大致上来说，都是可以合到一块儿来说的，但是现代社会人们越来越倾向于把新闻自由跟言论自由作一个区割，因为言论自由似乎就是大家这样的言说，比方我今晚在这里和大家说，一会儿你们还可以向我提问题，你们也在行使着言论自由的权利，但是新闻自由不是这样的，新闻自由都是报社、电视、电台这样的有组织化的力量，这样的力量在现代社会，人们越来越把它理解为一种“第四种权利”，“第四种权利“就是立法、行政、司法外的第四种权利，那么成为一种公共性的权利，第四种权利这样的一个概念，最早是来自于英国著名的哲学家埃德蒙*博克，他在分析当时英国社会结构的时候，你们知道，三个等级，西方惯常说的三个等级，所谓三个等级就是国王、贵族、平民（自由民）这样的三个等级。在埃德蒙·博克那个师代里边，他已经发现，在英国，新闻界似乎已经形成了第四等级，成为了第四种强有力的社会力量，所以他用”第四等级“这个词来形容，“第四等级”这个词在现代直接被称为第四种权利，就是这样的一个概念。那么随着社会媒体的不断发达，人们发现传媒这样的东西，它对于公共权利进行了强有力的制约，不是我们单个人的言论，我们在街上喊两声不起任何作用，但是一份畅销的报纸突然发表一篇文章，形成的社会压力会非常大，大家都知道尼克松的水门事件，就是《华盛顿邮报》的两个记者锲而不舍地把这个新闻挖掘出来，登在报纸上，最后导致尼克松辞职下台，大家深刻地意识到这样地新闻本身的力量。所以大家倾向于

把新闻自由与言论自由做一点点区隔。那么对新闻自由本身可能带来的负面的东西，也可能邮更多的法律加以限制。我们知道现在有一点点地差别，但大致上来说我们现在地讨论还可以把三者放在一起，甚至还可以用表达自由这样地概念来说，我们是一种表达，言论自由包括各种言论，包括演说，包括我们写一点东西贴出去，也包括我们在袖子上戴一个纳粹的标志在大街上走一走，我就是要戴这个东西，怎么样！这也是言论自由。还有包括焚烧国旗，老子不喜欢找个国家，烧着玩玩儿看。这也是一种表达自由。所以自由的范围现在是非常地宽泛。

言论自由或者说表达自由最重要的价值被前人归结为以下这几个方面：

第一价值是有助于形成一种观念的自由市场，有助于我们发现真理。我们都知道我们人类非常重要的一个使命就是探索真理，这个真理表现在各个领域中间，比方说我们在司法改革方面，我们要探索司法独立方面真理何在？陈景润先生在研究歌德巴赫猜想的真理何在？一个农名在研究什么时候种庄稼的真理在哪儿？所有的这些真理都需要我们通过创造一个观念的自由市场来加以表达，人们相信真理不可能被人所垄断，被某个特定的人所垄断。文化大革命期间，我们习惯说的一句话，林彪告诉我们的，林副主席说，毛主席的话句句是真理，一句顶一万句。那个时候我们不需要别人再思考，全国人民的大脑都没用了，你就听一个人的吧，毛主席到了晚年已经不会说话了，他只能用五个手指头这么动，然后他的侄子叫毛远新，解释说主席告诉我们要斗私批修，啊呀，大家都开始学语录，斗私批修。就是这个样子，那时候不需要有人有大脑，只需要全国有一个大脑就可以了。这是垄断真理的结果，但是我们都知道文化大革命给这个民族带来了多么惨重的灾难，所以痛定思痛，我们愈发感觉到弥尔顿所倡导的观念的自由市场这样一种价值的重要性，只有这样我们才能真正地使得一个社会各种各样地观念都表达出来，然后能够保障这个社会决策的正确。

第二个价值体现为它是民主政治的一个基础。一个民主的社会，一个民主的国家，需要每一个人的政治的参与，大家要热情参与，参与是一种美德，不同的政体早从古希腊开始，西方就有不少哲人研究，不同的政体它的基础条件是什么，比方说专制政体，它的基础性的条件是恐惧，它要让每一个人恐惧，你说一些话，哟，觉得不敢说。“你可不能说这样的话啊，”父母在家里教育孩子，“这样的话在家里父母面前说一说，你可别出去传啊。”啊呀，恐惧啊，恐惧。这是专制政体得以建立的前提条件，没有了恐惧，专制政体就没有办法存在下去，我有时候做演讲，口无遮拦，“口啼役患者”啊。（笑声）有一次是军队请我去做报告，我说我还是不去了吧，我别说是站着进去，横着出来。（笑声）然后他们说没事儿，我们这个将军班儿，他们对国家的事儿了解的很多，你别担心吧，他们还爱听真话，你可千万别担心。然后鼓励了我，我就去讲，讲完了以后，有一个听课的将军，说是：“贺教授啊，你讲的有些话啊，你敢讲我们都不敢听（笑声、掌声），听着都害怕。你看这是恐惧、恐惧。（笑声）。”那么，贵族政体的维持基础性的东西是荣誉，贵族政体对于荣誉有着非常深切的渴望，《基督山伯爵》里边儿，有一个军人说，这是我们涉及到贵族院的荣誉的问题，哇，一听贵族院的荣誉，那不得了，在贵族社会的条件下，贵族政体下，如果大家都不讲荣誉，那就麻烦了，这个贵族政体无法维系。而民主政体的一个最重要的条件那就是美德。什么叫美德？什么叫公民的美德？我们知道最根本性的东西，那就是我们要参与政治，我们要用我们的言论，我们各种各样的表达，来去知道这个国家是我们自己的。所谓的真正的“三民主义”，民有、民治、民享。这个东西跟现在说的那个什么“权为民所用、利为民所谋、情为民所系”是不一样的。那么，它本身是人民自己的国家，如果我们人民出现了一种政治的冷漠，我们对政治问题已经不感兴趣了，选举我们也不参与。然后公众的演讲我们也不去，反正跟我们

是没关系的，这时候，民主政体就死掉了，所以必须鼓励一种政治的参与，而最好的政治参与是什么？就是我们对于政治事务自由地发表我们的观点，阐述我们的看法，这是我们民主政体的要求。所以在一个民主政体下，言论自由几乎是天经地义、题中应有之义，没有了它就没有了民主，这是言论自由的第二个价值。

第三个价值，社会稳定。它能够强化社会的稳定性，我们都知道一个自由的社会里边会出现一些个让人感觉不舒服的事，比方说游行示威，在街上游行，交通要管制了，大家感到不舒服。领导人被骂得狗血喷头。天天白宫前面有人在喊口号，“打倒布什”，没有哪个人愿意听打倒自己的，有人还扔点西红柿、臭鸡蛋，英国的议会前面天天有人在特辟的一个区域，天天在那里游行，旁边有两个警察在那儿维护秩序，有时候我们也觉得挺尴尬的，我们国家就是我们来了客人都非常的接待，然后不允许任何人游行示威。其实西方国家领导人他们看到游行示威倒觉得挺正常的，看不到反而觉得不正常，这都是大家观念的差别，那么这样的一种，甚至有些更局部的、更麻烦、更严重的动荡，但是这样一种小的动荡，恰好预防了大的动荡，美国的第三任总统杰弗逊，说过一段话，非常的好，他说：人世间我们的社会中间经常出现的这种局部的动荡，他是我们和谐的人类社会的一部分，正好比是暴风雨是和谐的自然的一部分，我们不可以想象这和谐的自然里边没有了暴风雨，我们也不可以想象一个美好的民主社会里居然没有这样的局部的动荡，这是非常重要的一个说法，甚至我们还可以考虑到这样的自由权利的行使过程中间，一个社会也许很难做到真正的完美，言论自由必然带来一些讨厌的东西。托克维尔在《论美国的民主》里边进行过这样一个问题的分析，这个问题特别值得我们去反思，他说，有人经常想，我们能否享受言论自由的好处，而不承担它的代价，那就是我们只要求好的言论都能够发表出来，大家畅所欲言，但是糟糕的东西没有。什么一会儿刘晓庆又离婚咯（人家根本没离婚，小报上的东西，大家快来看，北京地摊上的报纸，前些年特别多，现在少了），什么赵忠祥跟饶颖咯，高峰的私生子问题又来了，天天搞这些名堂，你会觉得这个社会啊，言论自由的代价是不是太大了，还有色情，色情这种东西，现在我们的网络已经有这样一个很大的麻烦了，像新浪、搜狐这样的网站都经常有这样的成人笑话，你一点击，哦哟，里边好黄哦（笑声）。我有时候特别担心我儿子，我说你可别再上网了，那网络太可怕了，里边有大老虎。这东西你说怎么办，怎么遏制的住，怎么办，没有办法，无论是这个一定程度的色情、一定程度让人感觉到难堪的言论，这都是我们追求言论自由过程中必须付出的代价。托克维尔讲，有人想只享受好处，不承受代价，那就是我们想象的最美好的状态，但是你会发现，你迈出的第一步已经跨到专制的地方去了。也就是说你想把这个社会中间那些令人讨厌的东西给去掉的时候，我们没有办法再有任何新闻自由，这中间没有过渡地带，我们本来以为我们可以找到一个中间状态，但是这个中间状态是没有的，这是托克维尔所表达的最意味深长的、最值得我们反思的观点，也让我们知道，这个社会是这个样子，你要享受言论自由的好处，你就要承担它的代价，你就要忍受公众人物天天被这个嚼来嚼去的，这点儿什么事儿都搞的没有人不知道。这没有办法的事情，那么他的好处是什么？甚至我们批评领导人，有些批评完全是侮蔑、不实之词，但是它批评了，大家就觉得很开心。美国的那个电视节目里边类似于《实话实说》或者“有一说一”的那种类型的节目（笑声），那个主持人一上来就拿总统开玩笑，一上来就快是埋汰总统，那个克林顿总统出问题的那段时间，（我看了一期）那个主持人一上来就说，你们最近有看报纸吗，最近报纸上有一个故事，第一夫人希拉里最近到天堂上去参观了一下，到了天堂上以后看到天堂上一些解说员说这个屋子给她参观一下子，结果到了这个屋子里边结果发现墙上挂了许多钟，然后希拉里夫人就问这个钟是什么意思，说这些钟每一个都代表着凡庭间的一个重要人物，然后说是为什么这些钟有些跑的块，有些跑得慢？那解说员说是，哦，跑的慢的都是生活非常检点严肃的人

，跑的快的都是出轨的人。（笑声）那希拉里说，那我丈夫的钟，克林顿总统的钟在哪儿。他说，哦，你问克林顿总统的钟啊，被上帝拿去当电扇用去拉。（笑声、掌声）这种节目很受欢迎，我说克林顿啊，他们夫妇也在家里边看，看的这个的时候心里边真是……北方说要多撮火有多撮火。但是政治家没有办法，只好忍受。最大的好处是什么。它把老百姓对国家领导人的怨恨都给宣泄出去拉，你看它都帮我说话，这个人是该骂。骂完了以后再看到这个人，他觉得挺顺眼的。（笑声）更不必说新闻不断地去把官员们试图掩饰的事实加以揭露，我们常常想一个国家的兴旺，我们说人民监督政府，我们政府是人民的政府，我们叫人民共和国，我最近提出来把"人民法院"的"人民"给去掉，还引起轩然大波。因为触动了我们老百姓的一个敏感的神经，我也承认可能这个问题有点提出来了太早了点。那么我们这种平头百姓，我们怎么监督政府？走在白宫前边，你怎么监督政府？我们监督不了，现在政府越来越复杂，他搞出来一些技术化的表格，比如说某个预算，我们这种不学财会的人，我们怎么能够判断出预算合理不合理、支出合理不合理？最后具体的每一笔花销你怎么去审查?你不懂专业，你审查不了。但是媒体能够帮助我们，新闻界那真是保持一种非常高度密切关注的状态，而且媒体有专业的记者，他会告诉你，他会揭露相关的问题这样的话，就使得这个国家所有的被掩饰的事情都能够及时的被揭露出来。官员们可以说也没有办法。他们没有办法阻却这种揭露。公众人物条款使得他们必须要提出来实际恶意的证据，他们提不出来，只好忍气吞声。不断的被揭露，这种情况使得官员们不敢做恶。大家知道，克林顿总统做律师的时候，在小石城做律师的时候，有一点点偷税漏税的事件，结果被扭住不放。司法界扭住不放，新闻界扭住不放，那么点儿小事情，跟莱温斯基那种事情，在我们这儿不过体现了无产阶级革命家浪漫情怀而已（笑声、掌声）他们独立检察官，好家伙，不惜动用联邦经费5000万元，花费5000万美元，来追查这样的在我们这儿是小事儿的事儿。然后媒体天天爆炒，然后最后的结果是什么？他使得在那个国家里边官员们不由自主地成为了孔繁森，不可能成为王保森(笑声)你怎么可能腐败呢？你一点点小事儿就被揭露出来,你还可能做大吗？你可能像成克杰那样上千万吗？你可能像某些个人（我不说了）……，不可能啊。美国的官员并不见得比我们的官员素质高，他们素质肯定比我们低，因为他们不学三个代表（笑声、掌声）但是他们的廉洁程度从哪儿来的。新闻自由里来的，从司法独立来的，没有这两者的话，是不可能保持一个高度廉洁的政府，保持一个富有效率的政府，保持一个公正的政府，那么正是这样一种不断的揭露导致官员谨小慎微,这个社会就不可能发生大的动荡了社会就稳定了。人民对政府的满意度也就提高了。你看，我老说克林顿，克林顿被揭露的那么厉害的时候，民意指数还达到了6成，政府的威望。托克维尔说过一句话，这是我今天答辩的时候，我从我们的博士生的一篇论文里看到的一句话，说得非常好，正是因为在英美国家，司法权受到陪审团的严格的限制，反而提高了司法权的地位，让司法权变的更加有力量。没有哪个国家，法官像英国像美国的法官那样强有力。原因就在于他被陪审团分割了一部分的权利，受到陪审团的制约，我们可以得出一个结论说：有时候，反而你让人民拥有更多的监督的权利，人民可以自由的揭露那些腐败的现象，反而能够提高一个政府的声望，让一个政府更加有能力，有更大的动员能力来使得一个国家向前迈进，让一个国家的经济得到有序的发展，让一个国家的社会秩序能够得到最大限度的保证。社会秩序的稳定，稳定压倒一切，但是不让人民说话，永远获得不了稳定的社会秩序。（掌声）这是新闻自由的第三个价值。

第四个价值,它在于它是我们每一个人作为人的的尊严的一部分,我们自我实现，我们实现我们自己的人生价值，我们靠什么，人生在世，非常重要的一点是我们要表达自己，我们每个人是多么的不一样，每个人都有非常独特的地方，你生在非常不同的家庭，你受到了不同于别人的教育，这种教育肯定是不同于别人的，即使我们学的是同样的课本，但是你的领

悟是不一样的，你领悟到的东西是不一样的，我们各具特色，人的创造性，人是多么伟大的一种造物，人这样的一种动物，它能够写诗，啊呀，这个诗写出来，我就觉得很奇怪，人能够做那么漂亮的诗，每个字我都认识，（笑声）但我就是写不出来，那个诗多么了不起啊，‘朝辞白帝彩云间，千里江陵一日还’，真的是多美的诗，还有海子那样的诗歌，那样的诗篇，海子才多大，海子上大学到北大学法律，1979 年，79 级，上大学时不到十五岁，不到十五岁上的北京大学学法律，从安徽的怀宁去到北京大学，然后学法律，哎唷，一个小孩，一点点大，在这学校里边，我看过他那时候的照片儿，真的是就是一个孩子那个样子，那是你别看这个家伙看起来懵懵懂懂的样子，伟大的诗人，我认为海子是中国二十世纪最伟大的诗人，不要加‘之一’（掌声）他那么年轻，对语言的感悟力那么的敏感，他写的诗真的特别的让人觉得.我就知道我们的年轻同学中间，对海子的诗很崇拜的，每年他的忌日的时候，在北京的一些高校，包括他生前工作过的中国政法大学都有一些同学把教室的灯关掉，每个人点一根蜡烛，朗诵海子的诗，怀念这位伟大的诗人，二十多岁就去世了，二十多岁就卧轨自杀了，诗人，了不起。音乐家，那也了不起啊。这个作曲也了不起，我特别佩服这些人，贝多芬，第九交响曲，多么伟大的交响曲，能够把合唱引入到交响乐中，第九交响曲首演的时候，你们知道他做这首曲子的时候，他的耳朵已经全聋了，他听不到任何音乐，他没有办法通过一边弹琴一边作曲啊，他就在那儿这么谱曲，谱完曲子首演的时候，由作曲家本人指挥首演，指挥家当然是背对着观众，然后全部结束的时候，辉煌的结束的时候，后边人全场起立在欢呼，乐队的第一小提琴提醒作曲家说回过头看看，观众向他们表示感谢当贝多芬回过头的时候，人们发现满脸泪水的贝多芬，这是伟大啊。这样的时刻，这是人类这样最伟大的生灵，但是这样伟大，贝多芬到了 50 多岁的时候，他说他的境界不过达到了莫扎特八岁的境界，我们看人类历史上一本本伟大的著作，一首首伟大的诗篇，一个个伟大的建筑的设计，包括各种各样的创造，人是多么了不起的一种生灵。这种动物要求我们社会对他尊重，要求这个社会尊重他的个性，他的个性是每个人都无权利去泯灭的，而言论自由、表达自由能让我们的个性能得到充分的表达，这是人的价值的一个得以实现的最重要的方面，我们常常说生存权是我们人权的一个重要组成部分，当然我同意，但是生存权是什么，对于我们这样的人来说，也许对每个人来说，生存权的第一要义是让我们说话，让我们说我们自己想说的话，这是生存权的最重要的方面，否则的话，让我们说假话，活着还不如死了，所以人不能说假话，人不能把自己伪装起来，这是非常重要的一点，这是人的尊严的一部分，这也是为什么我们遇到了能够坦率地表达自己观点的人，我们格外尊重他，我们一看到那种满口的假话，假话、大话、空话的人，我们感到非常的厌恶，因为他是跟我们的本性相违反的，相反对的。所以，我们必须要保障言论自由，我们要保障新闻自由，我们的司法界在这方面已经做了很多很好的探索，但是现在我们要在一个更广泛的范围内去推动它、去创造更好的环境，来使得我们这个国家变成一个真正的人的乐园。

好，我今天就讲到这儿，谢谢大家。（长久的掌声）

上传时间： 2005/3/13 文章来源：文本转自中国法院网

司法怎能成为打压舆论的帮凶？

by 贺卫方

案件发生以后，大家都非常关注。南方都市报过去新闻改革走在最前面的报业集团，南方都市报发刊以后都是非常活跃的媒体，在广东各方都非常受关注，尤其是去年一系列的事件，如果没有南方都市报不断去报道有关的信息，有关部门试图封杀的信息的话，我想去年有很多的制度改革是没有办法实现的，我们也都看到像南方都市报记者陈峰那样的精神，我们都非常感动，有这样一批记者能够做这样的事情，也离不开报社有关上层更加开明的精神，包括于忠等等这些人做的贡献，不论是南方都市报内部的人，还是外部的人都有贡献。

最近这段时间的确可以说感觉非常不舒服，因为不断听到任何坏消息，宪法重大的问题不允许我们讨论，我们看到新闻天天在重复一些莫名其妙的信息，新闻体制改革完全走到正规上，司法审判的案件上也一件件让人感到司法改革不高兴，因为司法改革也许不完全取决于普通案件、一般性的案件，而是在一些重大敏感案件中间，我们的司法究竟能不能严格依照法律裁判案件，如果依照这样的方面，我们大家都会是一个意见，中国的法院改革，中国的司法制度基本上是不合格的改革，也就是不足以给我们带来公正，无论是孙志刚案件的审判，无论是周正毅现在案件没有结果，刘涌案，宝马案，我们看不到一丝丝独立的，依照法律的意见来裁判，而不受别的影响，所以今天讨论这个案件，我想主持人限定一下，限定更加从法学、经济学的角度进行内在的论证，但是我真的不能够保证自己能够限制得很好，因为心情不好，心情不好久冒炮，有人跟我说最近管理严，我们要注意一点，但是注意也注意不好，该说的话也要说。

首先，关于今天要讨论的案件，上面几位所有的见解我都非常赞成。我认为这个案件确实是如果当真认为他们想保护私有财产的话，这样的案件审理明显就是给中央政府一个耳光，地方法院竟然违反刚刚修改的宪法，而且违反以后不受任何追究，这个情况确实我觉得锦涛同志也会感觉很郁闷，从技术的角度我想回应两个小的技术性的问题。

第一，我特别赞成刚才盛洪先生提到私分这样一个概念的分析，就是说集体的决策是否能够转过来追究集体某一个个人的责任的问题，明显这是南方都市报社委会按照他们一贯的程序，也是合法的程序作出对一笔财产分配的过程。实际上从古罗马开始人们就讨论个人和集体之间的一种区分，比如说为集体所有的不能回归为个人所有，这是一个古罗马的概念，这是非常抽象的，显示古罗马法律天才的概念，反之亦然，如果集体做出一个错误的决策，如果说这个决策是错误的，我们能否追求集中的个人，而不是所有的个人，集中的个人把所有过错都归结成一个人，法律上这是一个错误的做法。

第二，涉及到公共财产的问题，公共财产问题，我觉得这里面一直存在着我们国家法律保护财产的一个偏差，这个偏差就是对于公有财产或者是国有财产，对于国有企业的保护力度向来比保护私人企业力度要大，很重要的原因就是把国有财产或者是国有企业解释成人民的生计更重要的支柱，而私人企业是在现有制度下不得已的容忍而已，不是人们储蓄重要的来源，像孙大午就是不能到银行去贷款，而国有企业效益再差去贷款没有问题，我觉得这里面就存在很大的偏差。刚才盛洪教授就提出来国有企业都具有独立法人资格，每一个具有独立法人资格的国有企业，在法律上已经没有任何比私营企业优越的地位，优越是不合理的，因为它也是要谋利的，也是要谋取利润的，并不在纳税方面，在对国家的贡献，对于我们人

民的贡献方面，比起私有企业来得更加优越，或者是更加无私，这是不大可能的事情，所以这次修改宪法，人们也说对于公有财产和对私有财产的保护还是不一样，因为私有财产加了一个“合法的”，合法的私有财产国家保护，但是国有财产存不存在合法呢？既然它是一个分属于每一个不同的独立法人所有的，那么一定是存在合法或者是非法的问题，否则的话天下的国有企业都是一家人，美国有时候查出中国违法企业的财产的话，随便找一个国有企业就算抓了国有企业，因为你们是一家的，我们对这个逻辑是不喜欢的，我认为在这样的情况下，如果论证说是成为独立法人的财产，就是国有财产，这是错误的一个假定，所以检察院也好，国家其他的司法当局也好，对国有企业的财产的格外刻意的保护，完全没有法律依据，没有合理性依据的。所以所谓南方都市报财产侵吞国有财产，这是法律上一些界限，我不知道是不是应该有一些变化，我们法学界应不应该结合经济学家的论证把这个变化显现出来，志勇前天邀请刑法学家大家交流了他们的观念或者是信息。

第二个方面我想谈的是中国这个国家有关的法律界限，我们过去一直感觉非常模糊，非常模糊带来的感觉就是这个国家没有一个干净的人，所有的人都在合法与非法之间徘徊，月朦胧鸟朦胧，刚才沈岿教授谈的，实际上这样的做法实际上是新闻界的通力，尤其是经营好的新闻界只能通过这个来发挥，孙大午集资也是模糊，国家没有明确禁止的就是合法的，在香港除非法律严格禁止，你什么事情都可以去做，在新加坡除非法律允许，你什么事情都不可以去做，在台湾即使法律禁止也可以做，在大陆即使法律允许的事情也不可以做，这是人们判断东亚四个地区合法不合法的说法。我觉得我关注的问题是，现在谁是合法，现在抓谁都可以说你有罪，过去是愈加之罪何患无词。比如说孙志刚事件别人不报你先去报，你就到局子里面离蹲大牢不远了，我想这给人民生命安全带来非常大的恐惧，这是非常可怕的事情，罪与非罪之间的界限就是高度的界限，这是第二个方面的想法。

第三个方面，在我看来法院越来越成为打压新闻自由的一个工具。这个案件（南都案件）当然是比较有意思一些，特殊一些。

在过去年间我非常关注民法通则规定的名誉权的问题，名誉权带来大量的诉讼，其中有许多就是媒体揭露批评所招致的诉讼。在美国是 70、80％的人原告人是败诉，而我们恰恰相反，70、80％以上的原告人是胜诉的。对于案件的审理标准，我们没有严格的限制，所以案件的判决往往会有失偏跛，比如说北航那样的诉讼最后竟然可以胜诉这样的荒谬事还不多，另一方面，公众人物（应该受舆论监督）这样的概念却没有好好地形成，所以前一段时间吴思揭陈永贵的老底，而且中央政府已经有这个档案，但是竟然败诉，这就是法院越来越成为打压新闻自由的一个工具。

第二就是直接封杀个别记者，以报道触犯各种利益为名，最为典型就是广东省高院竟然会同中央政府发表了一个关于新闻媒体的若干规定，任何的规定没有约束，广东省高院为什么做这个规定，去年 6 月份是孙志刚事件闹得沸沸扬扬的时候，实际上两级法院审判不公开审判，北京六家记者去采访不予采访，他们在这个情况下出台了若干规定，若干规定非常荒唐，对于法院没有审结的案件，所有的媒体都不得进行采访报道，天底下哪有这样荒唐的法律规定，没有审结的案件不得报道，那么国外的记者都在法院外面，当事人要进去都问一下，这样报道是合法的，我们广东省高院说这是违法的，对于已经审结的案件媒体可以采访报道，但是不可以说与法院判决相反的意见，不能说这个法院判决是错误的，只能唱赞歌。司法权利是一个裁判案件的权利，是解决纠纷的权利，不是一个立法机构，凭什么涉及到新闻与法律质检的若干规定。

我们看到法院是如何自己跳将出来，充当打压新闻自由直接的打手，而且去年 11 月份就依据自己的说法应验了，法院最后依照自己制定的规则宣布 6 个新闻记者，6 家媒体的记者为不受欢迎的人，剥夺他们一直到今年 11 月 31 日之前，6 个记者没有权利采访广东省三级法院任何的案件，这样一个司法机构。完全报道出来，而且有公文，广东省高院发的一个文，下发到全省各级法院，一整年，这 6 个记者到现在还在禁闭状态，就是不可以采访法院，一采访法院说你是这 6 个人中间一个，对不起，别让我为难，这是他们直接跳将出来的一种做法。

第三就是法院经常涉及到像南方都市报这样的案件，涉及到重大自由的案件里面，我们看不到法院依照我们宪法第 35 条规定公民享有出版言论自由这样的规则来去判决案件，这是我们比较失望的，所以我觉得第三个方面的问题就是司法独立的问题，在中国一个特殊的困难。我刚才说特殊的案件，重大的案件，我们一概看不到司法独立，如果我们看一下南方周报前总编的话说总有一种力量让我们泪留满面，我们说总有一种力量让法院在这样的案件中没有办法去做好，盛洪说一看法官他们也是不错的人，他们平常谈起来，尤其我接触比较多，一个一个都谈得很好，都想追求公正，但是一到大的案件里面，就没有办法，司法不独立。现在司法独立涉及到最大的威胁并不完全来自内部的问题，而是更多来自外部或者是内外交控的状态，我们如何推动这样的东西，在这样的案件里面如何让法院公正一次？我过去曾经在陈希同案件最后审判之前，在南方周末发表过一篇文章，试图想向某些人暗示，让他们有意识独立的树立一个里程碑，实际上对于人们来说，对于人们更加对政府有信心都是好事情。我举了一些西方国家的例子，告诉说一个独立的司法是如何很好沟通人们和政府之间的关系，那个时候政府工作再出现错误，出现问题的时候，你不需要担心人们唯一的选择就是造反，就是上梁山，人们可能更偏好的选择就是到法院起诉，因为法院是独立的，但是法院不独立带来最大的问题就是人们对于政府普遍没有信心，因为找不到说理的地方，要么忍气吞声当奴隶，要么就是老子反了，做陈胜吴广，这样两个选择对于政府来说都不是好的事情，然后我说中国有这样里程碑式的案例，像德国诺房案，像英国创立的规则，像德国确立司法独立的地位，这样对国家的发展是非常重要的，我说我们是否也有合适的案件，当然有，眼前就有一桩案件，就是北京某些法院诉陈希同案件，国家就不管，该出庭就出庭，该诉讼就诉讼，我就不管，最后创造这样一个里程碑，但是最后我们又一次错过了历史的机遇，后来我们又一次一次错过历史的机遇。厦门远华案也是这样，人民大学的教授陈教授做厦门远华代理人，去的以后就被当地召去开会，大家研究怎么评判，就是不允许做无罪辩护。

2004 年 4 月 7 日于天则经济研究所

上传时间： 2004/4/14 文章来源： 本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

司法智慧何处寻

by 贺卫方

按照“司法琐话”栏目三家村轮流上的惯例，上期发表的是张卫平教授的文章，本期又该我登场了。张教授讨论了在司法裁判中说理的重要性，他称“说理是司法裁判的灵魂”，并特别提出了对所谓说理不能作过于简单化的理解；现实司法过程中，许多案件或纠纷未必能够在成文法里找到一对一式的现成规定，因而在法律没有规定的情况下，法官就要以更具创造力的姿态，运用法理对案件作出裁判。他还建议法官通过采纳学界的某些观点判案，如此则可收一箭双雕之效果：既解决了纠纷，又将当事人的不满转嫁到学术界。

这种设想的确很诱人，也很能体现裁判的智慧。但是，我对于这种方案的可行性还是表示疑虑。首要的困难在于，我们的法学界是否足够成熟，可以在那些法律没有明确答案的问题上给出可供法官选择采纳的丰富理论，是大可怀疑的。８０年代初才开始恢复的中国法学研究在相当长的时间里，基本上只是一种政治化的法学。人们满足于用意识形态化的大道理作为论证的前提，一味地唯上，对作为一门古老学科的法学自身在价值、理论、方法、语言等方面的独立性很少省察。直到９０年代后期，这种情况才略有改观。但法学内部不同学科之间的隔阂仍然是阻碍我们的法学走向成熟的拦路虎。理论法学常常是花拳绣腿，可以惊四座而难以行一步。部门法方面，则大多偏安一隅，未能把技术性的分析与更宏大的理论和价值结合起来。在这种情况下，许多问题不可能形成诸说纷呈而又互补的合理学说格局，法官又到哪里去寻找可供择善而从的学说？

第二个难题是我们的现行判决制作模式。时下流行的司法文书写作方法和风格自有其渊源，同时也获得了现行司法管理制度的有效支持。说起来，不同国家法官的不同判决风格的形成往往并不取决于个别法官的追求；它与特定国家的政治以及司法决策传统密切关联，同时又有某种制度环境予以强化。我们的官场文化讲究“勤谨和缓”，而不是个性化的张扬。试想，在目前的制度框架内，某个法官在写作判决时，不引法条，而是历数学术界的张说李说王说加贺说，最后宣布以主流的张说为办案依据——这样的判决法能否在现行的司法管理体制里立足？再说，司法判决最终是要让当事人双方尤其是败诉方接受——至少抓不住把柄。然而，只引学界论说的判决很可能成为败诉方求之不得的软肋。考虑到所谓学理解释在我国没有法律约束力，提起上诉的当事人恐怕是不胜也难。

在倡导法官判案应当说理的各种论说中，人们往往忽略了不同层次法官说理的风格甚至内容上的差别。这可能是张教授所未及讨论的第三个困难。也许，我们在讨论现代司法制度时，对理性的主导地位多多少少有所夸大。去年，我曾为唐文法官的著作《法官判案如何讲理》写过一篇题为“人为理性之闪光”的对话体代序，也涉及到这个问题。我要请求唐法官允许我把它节选一下，放在这里，充作对张教授文章先知般的回应：

甲：世间有些问题看似简单，但是真正追问起来并不容易回答。例如，法官判案应不应当说理，便是这样一个问题。

乙：这还用问么？法官判案，如果不把他怎样得出判决结果的道理讲清楚，那岂不是想怎么判就怎么判，不成了典型的司法擅断和司法专制了嘛！

甲：未必如此吧。你记得从前的“神明裁判”，不管是我们的独角兽，还是英国历史上的热铁裁判，还有，某些部落很晚近仍在采用的鳄鱼审判，都是不讲道理的审判……

乙：请你不要将这些人类在蒙昧时代的做法拿来作依据。我们说的是现代社会。在民智未开的时候，人们相信一些超自然的事物能够判断疑难案件的是非曲直，所以，神明裁判可以解决纠纷，维护社会秩序。再说，鳄鱼不会开口说话，你让它如何说理去？

甲：不，我觉得那是另一种说理，鳄鱼把两个嫌疑人中的一个吃掉了，剩下的就是无辜者，只要大家相信这种结果是公平的，就是一种合理化的过程，或者叫证成（ｊｕｓｔｉｆｉｃａｔｉｏｎ）的过程。我的看法是，法官说理与否，或者怎样说理的问题，需要放在特定的语境中，在说服者和被说服者之间的关系中加以把握。而且，不要夸大今天的所谓判决说理跟从前的神明裁判之间的差别。

乙：唉，这真是你不说我还清楚，你说了我反而糊涂。依我看，今天我们要求的说理是完全不同的。法官要在判决书里对于证据的采信或拒绝给出明确说明；他不仅要引用相关的法律条文，而且还要对引用特定条文——以及不适用其他某些相关的条文——的依据作出解释；他要对双方当事人及其律师的法律主张作出回应；在起*判决书的过程中他要严格地运用逻辑的规则。只有这样，我们才能够说法官进行了法律推理，通过司法过程所推进的法律的确定性和统一性才可以得到保障……

甲：其实，我也赞同你的观点，而且还可以举出严格的法律推理的更多的价值……尽管如此，我还是觉得你的看法多少有些直线条了。现实中的法律推理要面临十分复杂的情况。举其荦荦大端，作为法律推理的前提的制定法是明确和清楚的么？如果法律条文本身存在着模糊、缺漏，或者由于事前制定，法条滞后，一味地严格适用将导致明显不公平后果的时候，法官该怎么办？他能抛开法律，径直地根据自己对于正义准则的理解判决么？法官运用的是什么逻辑？他与实验室里的科学家之间有区别么？为什么著名的波斯那法官会说"法律总是吸引并奖励那些善于运用非形式逻辑的人们"？还有，不同国家的不同历史文化传统是否对法律推理的样式产生影响？再进一步，法官个人的某种"偏见"是否会影响法律推理？古罗马人把法律定义为"公正与善良的艺术"，请注意是"艺术"而没有说是"科学"，这是意味深长的。我之所以说法官说理问题要放在说服者与被说服者之间考察，就是因为这些问题实在是不简单，需要学术界和司法实务界更深入的研究。

乙：但愿我不是那种简单的直线论者。或许我们不应该偏向一个极端。法律推理不具有科学家在实验中展现的那种确定性，但是也不应该像艺术家的创造物那样充斥着作者的个性。另外，你提到这个问题需要学术界和实务界一起研究，这很必要。我想实务界的研究思路、角度以及方法也许跟学术界应当有所不同。学术界可以很前卫，在纯理论的层面上天马行空，但实务界通常更务实，注重可操作性。这两者都是十分重要的。对了，今天我来，就是要向你推荐出自实务界的一部关于法律推理的著作，作者叫唐文，是湖南省永州市中级人民法院研究室主任。

甲：喔，实务部门的专家这么快就写出了系统的著作，《法官判案如何讲理》，不错，不错，且让我细细读来。

（作者系北京大学法学院教授、博士生导师）

http://www.rmfyb.com.cn/public/detail.asp?id=28308

附网友回应及贺卫方的回应(于[雅典学园])

贺的这篇文章有点苏力化了

【沈浪】 2001-9-16 23:17:56

尤其是这一段："鳄鱼把两个嫌疑人中的一个吃掉了，剩下的就是无辜者，只要大家相信这种结果是公平的，就是一种合理化的过程，或者叫证成（ｊｕｓｔｉｆｉｃａｔｉｏｎ）的过程。我的看法是，法官说理与否，或者怎样说理的问题，需要放在特定的语境中，在说服者和被说服者之间的关系中加以把握。而且，不要夸大今天的所谓判决说理跟从前的神明裁判之间的差别。"请回忆一下苏力的语境论！

问题是：所有的语境都是被构建起来的。此点往往被论者所忽视，以至于把构建起来的语境，当成了实在的语境，从而使之变得消极和保守。论者需要用心思考的，是一个语境是如何构建起来的？在这个构建过程中，法官如何做到与时并进？这正是司法裁判者的责任和使命之所在。

【小未】 2001-9-17 22:46:50

每一个人在说话和推理的时候都有自己的语境的。这不是贺卫方的苏力化问题，而是一个解释学理解问题。那天和你谈的知识锁入问题是很值得思考和研究的。在经济学研究上，诺斯就提出了一个社会制度发展的锁入问题。

小未

【廖奕】 2001-10-7 21:41:57

司法判决实际上是司法权力权威化的典形表现，不同的风格必须遵循相同的道理，那就是：法官理性再司法权力与权威的协调过程中必须大行其道。法官可以没有自己的主观个性，但不能缺失职业的客观理性，这种理性说到底无非是一种将自己判决有效正当化的智慧型努力。司法的智慧，在贺老师看来，不应是法官素质的内容，它更应是一种文化的构件，不知是否？

【徐州阿迪】 2001-10-7 22:30:57

其实，以前常见的法院的各种判决文书，都有一些生硬和程式化，难以尽脱"党八股"的霉变味、酸臭味。最近要好一些，在判决文书中更侧重于说理，引用的法律依据，条文、条款也比较详尽了，对证据的采信和判断依据基本上有个交代。但是仍然还不够，很多时候，常常硬邦邦地用一句"本院不予采信"把不利于判决结论的证据材料作废；还有的文书中间有明显的"游离"痕迹，让人对事实和结论的因果关系感到费解。凡此种种，想来是与贺先生所谓的司法智慧背道而驰吧。而要加强法律界的这种司法智慧含量（我认为，不是法官才需要司法智慧的），主要还是要靠法学教育界的努力和法律人的自觉追求。

贺先生的回应：
HREF="http://law-thinker.com/detail.asp?id=499";

TARGET=_blank>网上的司法智慧

上传时间： 2001/9/19 文章来源：人民法院报 2001 年 9 月 14 日

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

网友评论发表评论>>只显示最新 10 条。评论内容只代表网友观点，与本站立场无关！

没有任何评论

司改：四组矛盾 八项课题

by 贺卫方

中国司法改革所面临的矛盾与课题

近年来，司法公正已经成为整个社会的强烈期待。这种情况的出现是与中国社会结构所面临的深刻变化密切关联的。在计划经济时代，法院只是无产阶级专政的工具，所处理事务的范围无非是“打击敌人”和处理婚姻纠纷，在整个权力结构中只是一个非常边缘化的角色。然而，市场经济的国策却将法院推到了权力的前台，当行政权力不再主导经济生活的时候，当法律之治的正当性得到越来越深刻地认同的时候，法院正以前所未有的强度和深度进入到经济以及社会生活的调整过程中，成为一种引人注目的权力。因此，司法公正受到越来越广泛的关注，甚至，越来越多的人们对所谓司法腐败表现出的强烈不满，正可以说是为司法改革提供了难得的契机与动力。

话虽然这么说，当我们回顾近年来的司法改革时，还是可以看到，目前我们的社会还存在着诸多矛盾，制约着相关制度的建立和操作，使得司法难以公正。首先是我们的中央动员型治理传统与司法独立之间的矛盾。依法治国的一个重要内容便是司法的独立性。这种独立不仅仅指司法作为一种独立的机构单独地设立，行使独立的权力，更重要的是，支撑这种机构与权力的一整套知识是独立的，它具有自己的运行理念和逻辑，它具有自家独立的语言。然而，近代以来，我国独立司法的形成过程中遭遇到的最大阻力之一是，这个国家有着根深蒂固的中央动员型治理传统。由于治水对中央动员的需要，“政教合一”体制抑制了世俗世界与精神世界的区分，科举制度妨碍了知识的分化，加之没有对私有财产的严格保护，导致国家的早熟，并形成强大的中央动员型治理传统。在这样的治理模式下，不同行业之间的界

限被忽视，不存在真正的分权体制。时至今日，在许多人的意识中，司法机关仍然不过是完成所谓“中心工作”的工具。从五十年代开始，司法就不断地服务，为土地改革服务，为反右斗争服务，为大跃进服务……到了八十年代，又要为改革开放服务，为市场经济建设保驾护航，一直到最晚近的为西部大开发服务，等等。在这种工具意识下，司法不可能展现自己的逻辑。例如，司法权的消极、中立就不大可能在这种动员型治理中获得生存空间。甚至我们的一些所谓改革也是变着法子的服务，诸如目前在法院系统开展的“双满意活动”即“做人民满意的好法院，做人民满意的好法官”，正是动员型社会中司法权的一种特色。

妨碍司法改革朝向健康目标迈进的第二个矛盾是，一方面我们不断地倡导依法治国，另一方面，社会中实际上起到法律作用的规则又不只是国家立法机关所制定的法律，法院以及检察院在实际的司法过程中也不能只服从法律。本来，在一个讲求法治的国家，社会中各种利益固然可以是多样化的，不过因为法的至高无上和普遍适用的特征，司法过程中终极的准则毕竟是宪法和法律。也就是说，在解决纠纷、处理案件时，法官必须以宪法和制定法为基本依据。当然，实际的司法过程要比人们平常想象的复杂得多；法律解释经常受到法官的政策考量甚至其他不被决策者本人意识到的因素的影响，但是，由于受到法律共同体在法律解释以及法律推理规则上共识的制约，所以司法过程所依据的规范是有其确定性的，并且是单极化的。与单极化相对立的是多极化，即法外有法，法上有法，许多法律之外的规范也具有与法律同样的作用，司法机关之外的机关也可以行使司法职权。一些非司法机关可以长时间限制人身自由便是明显的例子。在司法机关这方面，我们又强调法院和检察院的工作既要讲法律效果，又要讲社会效果，从而助长了司法过程所适用规范的多极化和混乱。

法治国家要求法院居于社会关系调整过程中的核心地位，而我们的法院以及检察机关在整个国家的权力结构中仍处在相当边缘化的地位，这是今天的司法改革所面临的第三个矛盾。当年，法国思想家托克维尔在观察美国社会时，曾指出：“在美国，几乎所有的政治问题都要变成司法问题。”这意味着司法权的影响力不仅及于狭义的法律领域，而且是整个政治权力格局中的重要力量。法院的这种地位在当今的法治国家中有普遍的体现。曾有学者著书，题为《司法权在全球范围内的扩张》，历数世界许多国家法院越来越多地对政府行为进行司法审查，对议会立法的合宪性作出判断，大有演成全球化走向之势。然而，在我们的权力格局中，法院以及检察院至今仍在夹缝中求生存：司法机关在俗称“人财物”等最重要的生存环节上依赖于同级党政权力；某些地方的人大可以无视立法与司法的界限，进行所谓的“个案监督”；在一些行政首长的眼中，司法机关不过是其下属的科局而已，而且是不甚重要的科局。央视名牌栏目“东方时空”让“两高”首长忝列“部长访谈录”末席为这种观念提供了一个生动的注脚；许多地方党的政法委员会书记由公安机关的首长担任。司法机关为改变这种边缘化的地位，想方设法，一方面向权力部门示好，另一方面，在社会中更多地以威武示人。但事与愿违，示好的结果愈发强化了司法机关的从属地位，而黩武则使得司法尊严进一步丧失。

第四个矛盾是巨大的改革热情与相关知识积累不足之间的矛盾。培根有言，“知识就是权力”。我们也可以说，权力背后有知识。当今各国都采用了分权型的政府体制，例如，司法权与行政权都以分立的状态设置。这种划分的背后是有着丰富的知识背景的。由于我们的古典社会并没有形成分权式政府，因而传统的政治论说中没有提供今天我们可资借鉴的背景知识。半个世纪以来，我们对“三权分立”学说的批判更加抑制了人们探索权力分立背后知识的热情。近年来，司法机关甚至人大都不断地推出涉及司法的改革措施，然而这些措施却经常相互矛盾，凿枘不投。例如，一方面要司法独立，另一方面要错案追究；一方面确认法

院是行使审判权的惟一机关，另一方面又推行个案监督；一方面倡导法官选任上的高标准，另一方面又强调人事制度要有利于干部的横向交流……这些问题都显示出有关现代政府以及司法制度的基本知识在我们这里还极端匮乏，需要更深入的研究和在各个层面上的传播。否则，某些好措施的功效可能完全被坏措施所抵销，改革的过程很可能成为一个增添混乱的过程。

此外，改革本身的一个明显的缺陷是，由于改革措施大多由不同的司法机关推出，因而难免头痛医头，脚痛医脚，缺乏一个全方位的考虑。更因为相关结构囿于自身权限，难以对不同权力－－例如法院与人大、法院与检察院－－之间的关系提出构想，造成盲人摸象式的混乱局面，甚至导致旧弊未除，新弊复生的结果。我认为，我们需要改变现状，例如是否可以在全国人大的层面上，设立一个“司法改革特别委员会”，这个由民意代表、法院以及检察院等司法机关的人士、律师以及法学界专家组成的委员会通过深入的调查和细致的研究，提出一个司法改革的一揽子方案，经过全国人大讨论和通过后，在全国范围内认真扎实地加以推行。

要实现司法公正，重要的问题仍在于制度。其实只要深入观察，我们就可以发现，现实生活中发生的司法不公甚至腐败行为，多半源于制度的缺陷，而非法官的个人品行。下面列出的是我认为要实现司法公正需要关注的八个制度要件：

第一，我们必须改变目前的司法权实际上从属于地方的问题。在现行制度上，我们的司法管辖范围与行政以及立法的管辖范围完全重合。宪法规定法院院长以及法官由同级人大及其常委会产生并对其负责，财政也完全依赖地方权力，导致法院对地方的严重依赖。本来是国家设在地方的法院变成了从属于和听命于地方的法院。于是地方保护主义遂难以避免，甚至由于法官“各为其主”，不得不对同样的法律条文作出不同的解释，更加剧了法律准则的四分五裂，破坏了人们对法律统一性的信赖，成为妨害市场经济发展的巨大障碍。指望通过思想教育便可以使法院院长以及法官秉公司法而不考虑地方领导的意志是徒劳的，这是要求他干超越人性的事。在经济领域，比如说金融，政府比较重视统一管理，中央银行与地方脱钩就是一个很好的改革举措。但是这样的思路在司法方面却没有体现，以经济建设为中心造成了我们对社会中非经济类制度建设的忽视，看不到如果没有这些制度的合理化，经济是不可能健康发展的。实际上，比金融中央化更重要的司法中央化，因为法院毕竟是社会正义的最后一道防线，金融系统出现的弊病还可以通过法院加以矫正，法院判决不公却无法求助于银行。现在的情况是，中央化银行出了问题还要找地方化的法院，这样处理中就会大打折扣。只有让法院非地方化，才可能解决公正问题，当然，法院非地方化并不是又要把它变成一个行政体系，近来一些人似乎热衷于论证法院“垂直领导”的改革方案，这可以说是一个新的误区。司法独立的本质应该是法官个人的独立和每个法院独立于它们的上级法院。我认为这是建立公正的司法制度的十分关键的一个方面。

第二，我们应该改革法官的选任制度，准确地说，是严格按照《法官法》所规定的标准选任法官。法官队伍整体素质的高下，关系到司法权行使的正当性，关系到法院以及法官在民众心目中的形象，关系到通过司法而创造的法律准则的统一，也关系到能否在法官中形成同事之间的恪守司法伦理准则的机制的形成。按照 1995 年生效的《法官法》，要成为法官必须要经过大学以上的专业法律训练，或者有两年的法律工作经验。应该说，这个标准略显低了些，但遗憾的是，即使是这样的低标准，仍然未能落实。一些没有受过法律专业训练也没有法律工作经验的人仍可以进入法院，成为法官。如此这般，形成的一个后果是，法官队伍

仍然缺乏同质性，不仅仅在法律的语言、法律的知识、法律的规范方面四分五裂，就连司法伦理也四分五裂，导致了同事之间缺少制约。我们可以假设，如果一所名牌大学的教授选任不讲标准，不管什么人都可以来当，不需要什么学位，也不需要什么科研成果，那么这样最后导致的结果将会怎样呢？势必是剽窃别人的科研成果、盘剥学生的成果、不好好做学问都算不了什么，结果必然是真正优秀的教授在这里呆不下去，纷纷离开，用孔子的话，叫“危邦不入，乱邦不居”。所以，如何严格地执行法官法所规定的法官选任标准确实是一个很大的问题，必须要解决。

第三，司法权的司法化问题。司法权的行使方法必须要得到真正的反省，并且在程序的各个环节中得到体现。合理地行使司法权的前提是必须要清楚地意识到什么是法院，它不是一个行政机关，为什么它跟行政机关是不一样的，那么法院不一样，不一样在哪？并不仅仅是挂一块牌子法院就是法院，它一定是行使权力的方式跟行政机关不一样，所以对司法权性质必须要作一个更深入的思考。比如说什么样的案件是我们能够受理的，什么事务是我们不可以做的，为什么法官要严格地遵循程序，为什么他只能在法庭上行使他的权力，而在大街上行使权力的人不是法官。我们现在还有法官到大街上，在柳树下，小河边行使权力，这不是法官，这是行政官。还有，司法权要公开，它不能是暗箱操作的结果。这些都应该在相关的规范中确立，所以我们必须重新思考司法权的性质，思考法官这种职业的性质，这样就能逐渐地确立一种共识。

第四，法院内部管理制度的非行政化。这里指的是法院内部机构设置及其职权的合理化、法官个人独立地位的保障以及上下级法院之间关系的理顺等，其中关键的问题是法官个人的独立。审判委员会制度在过去的司法过程中发挥了应有的作用，但是，其弊病也越来越明显地暴露出来。审委会决定案件违反了司法公开的原则，破坏了回避制度的效果，造成了司法效率的低下。更严重的是，它导致了对法官的控制与法官素质低下之间的恶性循环。人们看到了法官素质不高，因此用审委会对审判结果加以监控，然而监控使得法官权力虚化，内心的失落与当事人及其律师的鄙视将使他更缺少责任心和荣誉感，愈发不思进取，自暴自弃，这样又导致更严厉监控的正当性。审委会如此，院庭长批案亦复如此。此外，目前推行的法官等级制度也过于细琐，强化的是法官之间的等级差异，不利于法官独立意识的养成。要在法官中形成追求公正司法的风气，需要确立责任与荣誉相结合的机制。当责任与荣誉都无法推诿的时候，法官追求正义的热情与智慧便会被激活，我们就可能走上一种良性循环。

第五，确立一整套良好的司法伦理准则，和执行这套伦理准则的机制。司法伦理具有它自己的特点，比如说受贿不是一个司法伦理的问题而是一个法官犯罪的问题，法官犯罪与其他人一样要依据刑法加以制裁。司法伦理一定是建立在对于司法官的职业特色清楚意识的基础上的一套行为准则，比如说他跟当事人之间的关系应该怎样处理，他跟律师之间的关系应该怎样处理，他是不是应该远离商业、远离政治，还有他跟法学学术之间应该有什么关系，他应该怎样避免自己的偏见影响司法决策，如何解决司法拖延的问题，都是司法伦理所涉及到的主要内容。但我们这一方面过去做的很不够。当然，司法伦理建设方面的一个重要事项是要有一个有效的执行机制，我们现在一方面是一些违反职业伦理的行为得不到及时的矫正，另一方面，法官又动辄得咎，经常受到不正当的威胁甚至惩罚。例如，对于新闻界“曝光”的某些行为，我们惯常的做法往往是不由分说，不顾正当的程序，免去一名法官的职务简直易如反掌。法官的地位如此没有保障，是一件极其可怕的事情。一些法制发达国家的经验表明，严格的身份、职务以及收入保障是司法公正的制度前提。我们需要建立起一种机制，让涉嫌违反职业伦理的法官也能得到公平的对待。可以考虑在人大中设立一个机构以公开的程

序审理被追诉的法官，让他们也能够有一个公开申辩的机会。

第六，司法改革还有一个问题，就是要调整、理顺不同的法律机关以及法律职业之间的关系，比如说法院和检察院之间的关系，检察官与律师之间的关系，以及法院与公安系统之间的关系，等等。公安机关只是一个行政机关，检察院则是行使行政权的司法机关，因为它积极地追诉犯罪。这些机关之间的关系现在并没有理顺，相互配合有时蜕变为职权混淆，相互制约又经常变质成斗气冲突。无论是职权混淆，还是斗气冲突，都严重地弱化了司法机关保护权利和惩罚犯罪的功能，伤害了司法机关的公正形象和法律职业共同体的团结。理顺法律机构之间的关系，首先要从司法人员的选任机制入手，例如建立包括法官、检察官和律师三种主要的法律职业共同的入门考试制度，以及共同的职前研修制度，以强化三种职业者之间的共同体意识和一种职业者对另外两种职业的理解。此外，还必须在宪法层面上理顺法院、检察院以及律师之间的关系。目前的弊端在于宪法上对司法机关之间关系的设置本身有相当不合理之处，现实中又多维护部门利益，坐在谁家的椅子上为谁家说话，甚至两家的司法解释也相互冲突，加剧了问题的严重性。

第七，必须要理顺法院与人民代表大会之间的关系。人大是最高权力机关，对司法机关当然拥有毋庸置疑的监督权力。不过，这种权力应当体现在对法院财政、人事等领域的监督上。例如，经费的支出是否合理，是否存在不正当收费，任命过程中候选人是否符合法定的任职资格，严重违反职业伦理的法官怎样加以弹劾，等等。在这些方面，人大的监督还很不够，应当进一步强化。可以说，某些地方一些不符合法官法规定任职资格的人进入法院成为法官甚至法院院长，跟人大在任命过程中没有有效地行使上述权力有直接的关系。值得注意的是，现在，一些地方出现了另一种监督，那就是人大插手对具体案件的处理，这种名为“个案监督”的做法混淆了立法权与司法权的界限，实际上也降低了人大的地位。由于人大代表并不是按照法官的资格加以选任，人大对具体案件的了解通常并非通过两造对质的方式获得，而且也缺乏司法程序的制约，个案监督也可能导致更多的不公正。因此，如何既强化人大对司法机关的监督，又不使人大取代法院成为司法机关，将是我们走向司法公正的又一个制度建设的关键点。

最后，第八点，司法机关与大众传媒之间关系的理顺。也许可以说，没有新闻自由，就没有司法公正。在现代社会中，大众传媒代表着广泛的公众，对于包括司法在内的国家权力进行严格的监督。但是，跟任何其他权力一样，传媒的监督权也是一柄双刃剑，可能正当行使，也可能被滥用。重要的是，新闻与司法两种行业的逻辑有明显的差异，新闻重情感的诉求，司法重理性的运用；新闻倾向快捷的报道，司法强调审慎的决策。因此，二者存在着内在的紧张关系。我们需要建立一整套规范防止大众传媒损害司法公正，其中最亟待确立的规范是，对于法院没有审结的案件，如何防止传媒发表具有倾向性的言论从而危害司法的公正与独立。与此同时，我们也应当采取切实有效的措施，将司法过程置于传媒的监督之下，使得传媒成为增进司法公正的社会因素。

原载《中外法学》2000 年第 6 期

本文由贺先生张贴于雅典学园。

上传时间： 2001/10/1　　文章来源：雅典学园

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

司考问答

by 贺卫方

撒嘶肆虐，大学教学受到冲击。但是，网络上的学术交流却“因祸得福”，变得更加活跃。在我担任其中一个版版主的“法律思想网”http://law-thinker.com/）上，网友 southwind 就统一司法考试提出六个问题与我讨论，我对其中的几个问题作了回应。

1.

请问贺卫方老师，您如何看待 03 年司法考试“适当增考中外法制史”，这是不是司法考试制度试图与大学法学教育相协调的一种举措？还是出于其它的考虑？

答：司法考试（以下简称司考）的相关制度设计向来就不是一个单纯的知识问题，更重要的是一个权力分割甚至权力争夺的问题。其中第一个就是教育机构与实务机构之间的争夺。司考该由哪个部门主导，内容是侧重大学中所教授者，还是侧重司法实践所需要者，凡此种种，都是容易引发两家冲突的地方。进一步的冲突可能会发生在教育界内部。在一些国家，司考已经成为法律教育的指挥棒，大多数学生只对司考要考的课程感兴趣，如果哪位老师可能参加命题，或者过去参与过命题，学生们更是趋之若鹜，那位老师的话简直可以说是“句句是真理，一句顶一万句。”而司考不考的课程，除非教师特别有魅力，否则课堂上就是门可罗雀了，上课对学生和教师来说都是折磨。不仅仅是上课，教材以及辅导材料的编写及其相关利益，辅导班授课的名利双收，也是不少人所关注的。

要完全避免这样的权力以及利益的冲突是不可能的。当然，我们也许需要也能够对于考试内容的合理布局加以论证。关于中外法律史这样的科目应不应该考，我想这也许需要跟我们司考的整体安排联系起来考虑。我一直想论证（参看拙文“统一司法考试的方法”，《南方周末》2001 年 7 月 19 日），每次司考应分作两个阶段（通常说的“两次考试”），第一阶段是综合知识的广泛考察，题量很大，主要考察一个人主要考察考生是否具备敏锐的“法感”。这个阶段的考试可以用计算机判卷。闯过第一阶段者，再参加第二阶段的考试。这个阶段就是以深度分析和论文形式为主了。我想，在这个阶段，除了必考科目（例如宪法、民法、刑法、诉讼法等）外，不妨设置选考科目，中外法律史可以在这个地方占据一席之地，给那些喜好历史的考生提供一个得以显身手的不大的空间。具体的方法当然还有待于更细致的论证。

2.

司法考试制度与现在的大学法学教育相衔接、相协调的问题似乎变得非常棘手，对于这个问题，您是否有什么好的办法？

答：除了上面提到的那种教育机构与实务机构之间权力与利益之间的衔接协调外，这里想讨论的问题是考试过后进入司法部门的途径。现在的困难主要有两个方面，一是司考"及第"的人们实际上仍然不具备司法实务所需要的技能，进入司法机关或律师事务所之后还是一介书生；第二个困难是他们干脆进不去甚至不知道怎么才能进入司法机关，而司法部门也没有拿出一个方案来。不知道去年考取的人们是否至今仍在大门外徘徊。法院和检察院似乎也都准备设置自家的又一次考试，通过这司考之后的考试者才能进入法院或检察院。另外，人事部又极力抬高自己所主导的公务员考试的重要性，要求所有的进入司法机关的人还必须通过公务员考试。如此上下交攻，不把我们的学生们烤糊了才怪！

怎么解决呢？简单地说，统一司法考试之后，还需要有统一的司法研修制度。所有通过司考者，无论将来要从事怎样的工作，都必须进入司法研修机构经历一年至两年的学徒期。研修合格者便可以直接进入司法机关或者律师事务所。其他的种种考试之类一概免掉。关于这个问题，我在 1995 年考察日本司法研修所之后曾发表过一篇考察记，顺便对于中国司法研修制度的建立有一些构想，文章收入小书《司法的理念与制度》中，或许还有点参考价值。

3. 司法考试政策向西部适当倾斜，您认为这样的措施会不会收到好的效果？

答：我个人不倾向于所谓的向西部倾斜，例如在录取线上降低等等，实际上那不见得是合理的选择。去年由于报名条件不同，录取分数线不同，有关部门最后居然搞出 ABC 三种证件来。须知统一司法考试的精髓正在于"统一"。除了考试内容统一之外，三种职业分支以及不同地方的法律人之间执业资格的统一是这种考试最重要的目标之一。再说，在今天这样一个流动性极大的时代，农民尚且越来越不容易束缚，要把律师、法官以及检察官给"捆绑"在一个地方不让动弹岂非白日做梦？

一个经常被提出来，一些解决方案也常常似是而非的问题是：由于经济落后，教育不发达，如果不降低门槛，西部的法律职业将会后继无人。对于这样的说法，需要用孔子的口气质问："其然？岂其然乎？"为什么我们不考虑其他相关措施的跟进呢？例如，所有担任法官、检察官的人都必须从基层司法机构干起，这样就能够最大限度地保证基层法院检察院有足够的人材资源。担任法官、检察官的人要实行任官回避本籍制度，不得在出生地所在省（自治区或直辖市）的司法机构任职，这不仅仅有助于保持司法官员与所在社区之间的必要距离，而且也会"迫使"来自经济教育发达地区的人们流向不发达地区。另外，考虑到今后我们必须走向司法官高薪制，西部经济不发达反而可能成为吸引人才的一个理由——同样的收入，在东部只能维持一个中产水平，而到了西部，变成一个大富翁也未可知呢。

上传时间： 2004/7/14 文章来源：雅典学园

似是而非的审委会保留论

by 贺卫方

随着司法改革的愈来愈深化，我国法院长期以来使用的审判委员会制度受到了愈来愈多的质疑。不少人认为，审委会的存在虽然在过去的某些时期和某些情况下有其合理性，但是在今天已经成为妨碍司法公正的羁绊，理应加以废除。左卫民教授的《看病与开处方》一文把这个道理说得很好。日前又读到了柯建国先生的《取消审判委员会？》一文（载３月５日“法眼”），柯文认为审判人员业务素质和道德素质的达不到实现法官独立的基本要求，合议庭的内部结构的缺陷也决定了审委会制约的必要性。因而，目前提出取消审委会是“过于超前，在实践中是行不通的”主张。我认为柯文的论证颇多似是而非之处，因而想谈谈自己的不同看法，并就教于柯先生及读者诸君。

柯文的主要理由是，由于法官的业务与道德素质不高，因而需要审委会的监督和制约。我想，这个立论成立的前提条件不仅仅包括目前法官的素质低，也包括对审委会组成人员的素质比其他法官素质更高的论证。然而，柯文却没有对后一方面作任何论证，似乎审委会监督具有天然的正当性。其实，这是不无疑问的。目前各级法院的审委会通常由法院院长、副院长、某些庭长以及个别资深法官组成的。过去由于法院在内部管理上采取的行政化和官僚化模式，在院长和庭长的晋升方面，重视的是行政才干，而对法律专业化程度的要求相对不足。尤其是８０年代中期，中央确定各级法院院长的干部级别为同级政府副职一级，虽然初衷是提高法院地位，不过同时也使得一些因为年龄原因不适合担任政府副职，但又需安排相应职务的外行干部成为法院院长。虽然不能一概而论，但是，由这样的院长主持的审委会在审议和决定案件时，政策考量往往要优先于法律考量却是可以肯定的。政策考量当然并非全无必要，不过，不少情况下的确会无法兼顾法律的规则。由于审委会成员的法律业务素质未必比其他法官更高，因而说审委会的监督有利于强化司法公正是难以成立的。

不仅如此，审委会审议案件的方式对判决结果的影响也是我们应当注意的。审委会的成员们通常不会参加庭审，只能依赖承审法官的汇报，而我们都知道，汇报是一种概要的转述，之后的讨论以及决策只能以汇报者的言辞以及某些同样很概要的文字材料为依据。事实上，这种方式本身就存在着加剧司法随意性的可能。山东省聊城中级人民法院的几位法官撰文说：“承办人员汇报审件沿用几十年来的口头形式，主观随意性大，即使汇报与案件事实有出入也难以及时发现和查纠；特别是有的承办人员口头汇报时，事无巨细，拖沓冗长，层次不清，重点不突出，导致有的委员对已汇报过或已被询问的案情反复询问，人为地拉长了会议时间；同时，承办人口头汇报，审委会委员像答记者问似的即席讨论答复，没能给各委员留出分析研究疑难复杂案件的必要空余时间，使得他们无法事先针对案情进行全面深入地分析研究，仔细研读有关法律法规，往往很难保证裁判质量。经过审委会研究的案件又被审委会改变裁判意见的也时有所现，造成不必要的重复劳动。”（《中国律师》９８年２月号）将口头式变为书面式也未必能消除目前的弊病，因为审委会的缺陷来自于这种制度本身；除非在遇到疑难案件时让审委会全体成员都上庭成为主审法官，每个人都听取案件审理的全过程，否则，审委会办案必然是与庭审过程相脱节的，审委会将永远是加剧司法随意性的一个因素。

至于说审委会因为组成人员比合议庭多，难以买通，因而审委会的监督便有助于减少腐败，这样的观点也不大站得住脚。在我看来，腐败的可能性只是在一定条件下与参与决策的人数有关，更可能的腐败机制（或者说抑制腐败的机制）与决策方式有关。我们也可以针锋相对地说审委会判案更容易腐败，因为它可能为某种外部干扰提供制度化的进路。重要的差

异在于审委会的审议和决策是在完全摆脱了当事人及其律师——甚至检察官——监督的情况下进行的。当事人清楚地知道某个具体的法官握有决定权，固然可能引发对该法官施加影响的动力，但是，从法官这边说，决策主体的显而易见，责任与荣耀都归属明确，而可能引发他的公正追求——决策人摆在明面上，对自己的人格负责的心理就会很强烈（这是我个人或我们三人一手办的案件，我无可推诿）。

因此，我们可以说，权力是否腐败主要取决于行使权力者的素质及其制度环境，而不是参与决策者的数量。如果制度设计合理，即使一个人决策，腐败也很难侵入；制度设计不合理，则三千人的决策机构也可能甚至更容易腐败——责任可以因为人多而趋向模糊，荣誉可能由于人多而微不足道，少数人可能因为自己难以与“沉默的大多数”抗衡而心灰意冷，放弃抗争。因此，就司法制度而言，抑制腐败的根本出路还是提高司法过程的透明度，通过同属法律家共同体成员的律师和检察官的监督，通过利益与诉讼过程密切关联的当事人的监督，以及通过大众传媒的监督，使法官在公开的法庭之上公正地作出他的判决。

我的结论是，应当在一个合理的时段里自上而下取消审委会，将案件的判决权力完全赋予合议庭或独任法官。当然，保留也不是不可以，但前提条件是，如果它仍然握有对重大案件的判决权，则在相关案件的审理时，必须全体成员悉数出庭组成大合议庭；或者改变职权，不再决定任何案件，而只是一个法院内部定期展开的总结审判经验、推动司法品质提升的资深法官会议。当然，对于柯文就法官素质现状所表达的忧虑，我倒是颇有同感的。

原载《南方周末》1999 年 3 月 12 日。

上传时间： 2001/9/15　　文章来源：《运送正义的方式》

诉讼费问题

by 贺卫方

日前收到一位读者来信，希望“法眼”栏目里能有一篇文章专门谈谈法院收取诉讼费的问题。这位先生对法院受理经济案件时依据诉讼标的数额按比例收取诉讼费的做法颇为不解，他也知道一些外国的做法，“据说美国的法院受理民事案件时只收取极小数额的象征性费用，而我国的法院对某些案件却可以收取数以万计甚至十万计的诉讼费，这是什么道理？”他显然很不满意。

这自然不是一个小问题。我国法院对所受理的案件作了与其他国家不同的一种分类，即在外国同属民事类型的案件，在我们这里却又划分为民事和经济两种类别，法院内部的机构设置上也相应地设立了经济与民事两种审判庭。与此同时，收取诉讼费（内含受理费、申请执行费、勘验、鉴定、公告、翻译等费用、证人出庭的有关费用以及诉讼保全费等等）的标

准也有了鲜明的区别，一般民事案件数额较小且固定，而经济案件却“随行就市”，与当事人希望通过打官司追索的数额成正比。最高人民法院 1989 年发布的《人民法院诉讼收费办法》对各种案件列举了不同的收费计算方法，既详尽又复杂，这里无法详述。我们姑且假设甲乙两企业之间就涉及一千万元货款的合同发生诉讼，作一番粗略的列举。

甲企业诉到法院之时，须预交受理费 5.5 万元。被诉的乙企业提出本是甲方违约，反诉甲企业赔偿乙方损失及违约金 500 万元，于是法院又从乙企业收取受理费 3 万元。甲方提出诉讼保全，要求法院冻结乙方 600 万元银行存款，于是，除支付法院人员差旅费用之外，甲方还应交纳 30,500 元的诉讼保全费。一审判决之后，双方均提起上诉，二审法院再收上诉受理费（标准与一审类似）。初步审查之后，二审法院驳回上诉，上诉费却并不“驳回”。最后，又涉及判决的执行问题。奇怪的是，法院判决的执行仍要当事人出钱，仿佛那是胜诉方而不是法院作出的判决。执行费（按一千万元计）再加 1.2 万元，当然，法院派出人员赴异地执行的差旅费通常也是由提出执行申请的当事人支付的。从许多报道看，执行能否成功还是一个很大的疑问。

从上面的种种支出，读者已经可以看出，在一起诉讼标的较大的官司中，当事人要向法院付出多么高昂的费用。问题在于，这样的收费法是否合理。按说法院本身就是用民众和企业交纳的税款设立和维系的。作为政府机构的法院为纳税人处理纠纷乃是分内的事，因为法院一切活动所需要的经费以及法官及辅助人员的薪水都是政府预算所涵盖的，再向当事人收取所谓诉讼费，岂非重复收费？至于预算不足或该拨款不拨款，那是政府运作过程中的问题，将它们转嫁给当事人，是让当事人代人受过。此乃不合理者一。

稍有司法经验的人都知道，案件处理的难易程度并不与诉讼标的的大小成正比，涉及数以千万计的经济大案也许其中是非曲直十分简单，而一桩不起眼的家庭纠纷却可能是劳神费时的棘手案件，所谓“清官难断家务事”。因此，以标的额收费除了显示利益驱动的事实之外，没有多少可以摆到桌面上的依据。近年来，一些法院不安于坐堂问案，奔走于企业之间，上门揽案，鼓励起诉，其中动机，不言而喻。此乃不合理者二。

按照我国法律规定，民事经济案件的当事人享有处分权，即可以在合法的限度里，决定行使或者放弃自己的某些权利。然而，法院预收诉讼费，并且规定中止诉讼时预收的诉讼费不予退还，实际上是把当事人绑到了诉讼的战车上，讼事一起，则只能战斗到底。这不仅抑制了和解的可能，也加重了法院的讼累，增多了纳税人的付出，反而与设置法院的初衷相反对。此乃不合理者三。

在走向法治的时代，减少法院的费用事关民众对法院以及法律的态度。我们常说人民法院应当便民，意义不仅在于使民众少为讼事支出，实在关系到法治建设的成败。法院收费高昂，当事人望而生畏，将愈发加剧民众畏讼、厌讼的心态，尽管客观上可能减少一些可能的讼事，但长远地看，势必使通往正义之路越来越窄，妨害依法治国方略的实现。此乃不合理者四。

美国的一个笑话：诉讼结束，某当事人急打电话告诉公司同事结果，同事问——

“快说，谁赢了？我们，还是他们？”

“不，不，不是我们，也不是他们……”

噫！哪有这等怪事？”

“是律师赢了。”

难道我们还要在赢家里加上法官？

原载《南方周末》1998 年 4 月 22 日。

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《运送正义的方式》

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

谈“中国的治理传统和司法改革”

by 贺卫方

上周二晚，也就是 4 月 25 日晚上，贺卫方老师走进明理楼，为清华法学院的同学进行了题为“中国的治理传统和司法改革”的讲座。由于有些同学没有能够听到此次讲座，所以本人按照有限的记录，希望能为那些没能听讲座的同学做些力所能及的帮助。

记录纲要：（注：其中“我”指“贺卫方”教授本人。）

中国法律目前处于困境之中。首先，中国有立法危机。我们国家陆续引进了西方的不少制度，也建立了自己的议会制度。但是目前的问题是，那些在西方运作往往很好的制度到了我们这里就有了问题，就没法很好的运作，就起不到我们期望达到的目标。这到底是因为什么呢？

有人说，西方有阶层之间的冲突。其实在我看来，在中国也同样存在利益冲突。至少在高校之间就有冲突。比如，国家拨给清华、北大 18 个亿，各方就有很强烈的声音。某校一经济学家特别发表文章质问：清华北大两校加起来能培养多少学生？把据说占国家教育经费的一半拨给这两个学校，中国的大学生是不是只要这两个学校来培养就行了呢？后来两校提高了教师待遇，也引起了一些人的不满。有个学术会议举行时，与会学者决议：清华北大两校提高教师待遇可以，但是教师必须从全国选拔，选拔上的到清华北大享受高工资待遇。

前两年各大城市禁放鞭炮，对此我深有感触，特意写了一篇文章发表，文章的题目是“论禁放鞭炮之法”（可能有误）。从禁放鞭炮的正面效果来看，当然是可以肯定的。禁放鞭炮可以避免由此引起的污染以及造成的人身伤害。

可是从另一个方面来说，难道我们一点都不考虑鞭炮厂工人的利益吗？固然，当一个天真烂漫的孩子因为炮仗而失去眼睛、手掌，我们都会感到发自内心的惋惜。可是，为什么没有人替那些工人们想一想呢？当他们失业之后，他们也有孩子，也有家人啊。他们的孩子也许正在等待几块钱去买奶粉，他们的家人也许等待他的工资去买面粉。当我们为了一些人的利益而禁放鞭炮的时候，这些人的利益有谁考虑过呢？

制作鞭炮，除了可以给工人带来收益之外，我们的国家还可以得到税收的好处，我们还可以维持中华民族一个最主要的节日的最主要的风俗，当新年来临之际，我们总是希望用炮仗去赶跑往年的晦气，从而在新的一年中有一个更好的考试。而当禁放鞭之后，北京变成一座死城，人人都缩在自己家中看所谓的新民俗——春节联欢晚会。可惜不争气的是，这个晚会越办越差，越来越令人不可容忍。难道维持中华民族的风俗不是一种我们应当考虑的利益吗？

如果我们有必要禁止鞭炮，为什么我们不去禁止汽车、白酒、安眠药呢？汽车带来的污染恐怕比鞭炮的污染要严重得多吧。鞭炮至多就是春节的几天，可汽车呢？它总是在我们的身边，日夜不休的污染着我们的环境，为什么禁止的不是它呢？如果真的为了我们的身体，我们应当立即禁止开汽车，提倡全民骑自行车，停办清华大学汽车系。为什么不呢？这里边难道不是一个利益的问题吗？请想一想，因为交通事故伤亡的人跟因为鞭炮而伤亡的人，哪一个更多呢？

我们也应当禁止安眠药，安眠药可以“使失眠人入眠，但也使失意人长眠”啊！

待续……

发信人：echina（胡汉三的前半生——牧童、农民、苦力），

来源：BBS 水木清华站(Sat Apr 29 21:41:42 2000)。

上传时间： 2001/9/19 文章来源： 本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

统一司法考试的方法

by 贺卫方

————————————————————————

在为立法的这一重大进步欢欣的同时，我们还应当看到，要实现这一制度的预期效果，还必须在相关制度和技术环节上未雨绸缪，作出充分的论证和合理的设计

——————————————————————

2001 年 6 月 30 日，全国人民代表大会常务委员会通过了《法官法》、《检察官法》修正案，规定国家对初任法官、检察官和取得律师资格实行统一的司法考试制度。这是一项具有重大意义的举措，它将对我国的法律职业化乃至整个法治事业的发展产生深远的影响。

在为立法的这一进步欢欣的同时，我们还应当看到，要实现这一制度的预期效果，还必须在相关制度和技术环节上未雨绸缪，作出充分的论证和合理的设计。在这里，仅就几个我认为相对重要又容易出问题的环节作些简要的讨论。

第一，当然是考什么的问题。国家司法考试是建立在正规的法律教育基础上的人才甄别机制，因此，司法考试的内容要检验一个人是否具有良好的法律教育背景。与此同时，作为法律职业的入门考试，考察的是参考者是否具有从事法律实务的基本知识和修养。应当说，这两个指向之间有和谐的一面，也有冲突的一面。尤其是在我国，法律教育本身尚存在着各种问题，又由于长期以来，进入法律职业并不以受过法律教育为前提，更加剧了法律实务界与大学法律教育的疏离感；时下司法决策的一些具体方法，与大学教科书以及讲堂中所传授的便存在着很大距离。尽管如此，考虑到法治事业，实际上是将一整套与大众常识相区别的法律专业知识与技术，运用于纠纷解决之中的过程，因此，司法考试的重点仍应偏重基本的法律理论与技术，并且应当有相当的难度，而不应降格以求，将考试内容变成一种四不像的杂烩拼盘。这方面，德国、日本等大陆法系国家都有成熟的经验可资借鉴。

第二，可以参加司法考试者的资格限制问题。司法考试是法律职业的入门考试，通过者将获得进入法官、检察官和律师等司法三职业的“入场券”。什么人可以参加考试，世界各国的规定殊不一致，在美国这样的联邦制国家，甚至不同州之间也未必一样。资格限制涉及到广泛的甚至是有争议的问题，例如法律职业建构是更多的民主导向，抑或更多的精英导向，司法实务界与法律教育界之间的权力划分，人们对司法考试能否全面地承载检验参与者实际水平的任务所抱希望或怀疑，等等。

就我国的现实而言，一方面存在着法律职业与法律教育相脱节的弊病，另一方面，由于目前体制上的原因，使得法官、检察官人数众多，且每年按规定必须进入者的数量不小，这些因素都会影响到对参与考试者的资格限制。个人以为，我们还是应当在一开始就将门槛垫得高一些，也就是说，将能够参加考试者的背景限制在法律专业本科生及本科以上范围内。这样限制的好处在于建立了法律职业与法律教育更紧密的联系，从而能够从职业的层面上对法律教育发生强有力的推动。此外，也减轻了司法考试所承载的负荷，避免“一考定终身”所带来的人才遴选风险。无论如何，通过严格的大学入学考试，接着又有四年寒窗系统而密集的学习，这样的经历给人带来的潜移默化的变化通常是无法通过脱离校园的环境下获得的。

第三，跟任何考试一样，司法考试方法的选择也必须考虑成本问题，或者说，以怎样的方式能够在投入较小的情况下，完成甄别和选择人才的任务。可以想象，即使我们将可以参加考试者的教育背景限制为法律专业本科生及以上，由于涉及到司法三职业，每年的毕业生以及由于高淘汰率造成的参考人数逐渐累积，都会导致考生数量众多，因此考试组织、判卷等工作将会是相当繁重的。也许我们可以借鉴德、日等国的经验，将整个考试分作两个部分，即侧重对大学期间所学基本知识进行考查的第一次考试和侧重运用法学知识与技术分析和解决问题的第二次考试。一个人通过第一次考试之后，才能够参加第二次考试。这样做的好

处是，第一次考试可以以客观题为主，题量很大，这样既有助于考查考生对大学所学各门知识的把握程度，又可以用“机读”方式减轻判卷工作量。经过大淘汰率的第一次考试，进入第二次考试者的数量将大大减少。这样，第二次考试就可以更多地让考生写论文以及律师代理意见书，对某个理论问题或案例进行长篇大论的分析，从而考查考生分析和解决问题的能力。作为第二次考试的组成部分，还可以通过口试的方式对考生的水平进行亲历式的考量，以确保录取人员的质量。

（作者单位：北京大学法学院）

http://www.nanfangdaily.com.cn/zm/20010719/xw/200107190487.asp ;

上传时间： 2001/9/19　　文章来源：南方周末 2001 年 7 月 19 日

统一之道

by 贺卫方

伴随着市场经济建设的深化和司法改革的不断展开，由于我国法制不统一所带来的法律准则混乱的弊病越来越凸现出来。如果我们将法制统一理解为在空间和时间两个维度上实现“同样的事项同等的对待”的话，那么很明显，仅仅是全国各地法院的法官在判案时适用同样的立法还并不足以确保法制统一，因为同样的法律条文以及法律概念完全可以作出不同的解释。例如，不同地方的法官都依据《中华人民共和国消费者权益保护法》判案，但是，法官对于消费者概念理解上的不同却在事实上导致“打假英雄”王海受到截然相反的法律境遇。由此可见，虽然我国宪法明文规定“国家维护社会主义法制的统一和尊严”（第五条），但是，如果没有各种具体制度对于如何取得统一加以保障，统一云云也只是一纸空文。

在近年来法院系统所推出的各种改革措施中，郑州市中原区人民法院施行的“先例判决制度”是少有的指向这一难题的一种。但是，如此用心良苦的改革措施出台之后却受到了不少批评，或许有些出人意外。张志铭教授的批评坦率而富于力度，我自己也在本专栏的文章里对这项改革措施表达了不同的看法。不过因为主要是对张志铭教授就司法改革主体问题所发表观点的商榷，对于我国的法制应当建立怎样的统一机制只是点到而已。在这里，我想对此作些专门讨论，就教于中原区法院的李广胡院长以及各位大方之家。

尽管有关人士反复强调他们所建立的并非英美法意义上的判例法制度，但是，“先例判决”制度借鉴判例法的痕迹还是非常明显的。问题在于，借鉴也好，不借鉴也好，总是需要对于判例法的运作机理有些了解才能够明了该不该借鉴和怎样借鉴。

从历史上看，英国判例法制度的确立并不是一个人为设计的结果。１０６６年诺曼征服之后，要建立统一国家的英国国王同时也面临着来自原居民的不满和反抗。于是，一方面诺曼人要设法缓和民族矛盾，因此就不能贸然制定大陆模式的法典；另一方面，又要谋求整个王国的法律统一，因为分散的法律会使得建立统一国家的努力归于失败。最终，诺曼人无奈地选择了通过派出官员巡回审判，并在具体个案的处理中寻求法律的统一之道。经过法律界数世纪的累积叠加，终于成就了通行于整个英格兰的普通法以及与以罗马法为基础而发展出的大陆法系并峙而立的普通法法系。

所以，英格兰能够发展出在后世蔚为大观的普通法传统具有一定的偶然性。但是，偶然机遇所形成的制度又与其他因素互动，形成了后人无法轻易摆脱的司法模式。这也可以说是一种“路径依赖”。判例法之所以能够实现“同样的事项同等的对待”，核心要素是遵循先例原则（ｔｈｅ

ｐｒｉｎｃｉｐｌｅ ｏｆ ｓｔａｒｅ

ｄｅｃｉｓｉｓ）的严格运用。要使判例法得以操作，一些制度性的配备还是必要的。观察英国的法律史，我们可以发现这些配备或曰制度部件渐次形成的过程。首先是判例本身必须在结构上能够包容后来者据以判案的法律依据。相关案件的事实是怎样的，判决时如何解释法律的规则，法律与事实之间如何对应，如何界定此案与彼案之间的类似或者差异，凡此种种，都是法官以及律师在司法过程中必须考虑的要素。这种推理过程产生的结果便是一篇司法判决书中的法律理由（ｒａｔｉｏ

ｄｅｃｉｄｅｎｄｉ）。在这里，法律界对于法律方法尤其是类比推理技术的共识具有极大的重要性。世上没有两片完全相同的树叶，也没有两个完全相同的案件。往昔判决中所确立的哪些规则必须运用于当下案件之中，哪些必须予以排除，其中技术大有讲求。无论如何，具有约束力的判决并不是就某个案件作出一个裁判便可以获得，而我们目前的判决——包括收入《人民法院案例选编》中的那些受到官方称许的判决书——是完全不具备成为司法先例的内在结构的。

支撑判例法的第二个制度条件是判例的及时汇编和出版。当一国的法律规则大多以判例作为载体的时候，对后来法官具有约束力的判例就必须完整、及时地公诸于世，否则就无法寻找法律。我们发现，早在１３世纪的英格兰，就出现了名为《年鉴》的持续性的诉讼记录，一直到１５３５年被更完备的判例汇编取代。１８６５年，英格兰与威尔士判例汇编联合委员会成立，并每月出版一卷《判例汇编》（Ｔｈｅ

Ｌａｗ

Ｒｅｐｏｒｔ）。卷帙浩繁的判例汇编已经成为英美国家法律图书馆里的典型图景，法律教育的过程几乎离不开对于以往判例的研究。一些按专题分门别类汇编的里程碑式判例（ｌｅａｄｉｎｇ

ｃａｓｅｓ）也不断地出版，满足法律界以及法科学生检索和学习的需要。今天，随着网络技术的发展，判例的发布变得更加便利。上诉法院以及最高法院的判决公布数十分钟后就可以在一些专业网站上全文阅读。反观我国，迄今为止，甚至最高人民法院的判决书仍然

不能完整地公开发布，更不必说下面三个层次的法院了。在判例无从及时而完整地为法律界查考的情况下，谈借鉴判例法或吸收判例法的优点恐怕只能是空穴来风了。

其他促成和巩固判例法的制度因素还包括法官尤其是判例具有约束力的高层次法官在法律界的崇高声望，法院等级的合理化从而保证判例的遵循具有顺理成章的逻辑结构，等等。由于篇幅的限制，这里就不一一细说了。

通过上面的分析，我们不能看出，中国要全面引入判例法，还有太多的困难需要克服，当然，也许那根本就是一条走不通的路。梁园虽好，终非久留之地。也许我们应该在大陆法系的基本背景下，探索中国的法制统一之道。我认为，这里最重要的是三个方面：一是在统一立法之外存在着得到法律界公认的主流法律解释；二是上诉法院和最高法院通过对上诉案件的审理而显示的统一努力；三是法律教育对法律职业者的概念把握以及思维方式的统一塑造。这里不妨分别做点简要讨论。

我们知道，根据民主以及权力分立的学说，在近代以来的欧洲大陆国家，法律规则的惟一提供者便是议会。与此相适应，法官就只是一个相当机械化的角色，他只是依法裁判而已。这正是所谓“自动售货机”式的司法观。但是，这种极端的主张在法律的实施过程中却难以实现。一方面议会的立法决不可能穷尽社会生活的细枝末节；另一方面法律语言虽然以严谨明晰为标尺，但是终不免模糊含混，可以作多种解释。在这种情况下，某种防止法官上下其手的机制就显得非常必要。自罗马法以来，欧陆形成了一种强有力的法律学术指导和约束法官的法律解释权力的传统。对于法律的条文、规范和原则，法学家进行了细致入微的分析，并形成了被称之为通说的主流解释。开宗立派的法学大师影响所及不仅仅限于大学课堂，更延伸到司法实践，以至于法官在判案时不仅要引用相关的法律条文，而且必须遵循学界奉为圭臬的法律解释。道森（Ｊ.

Ｄａｗｓｏｎ）告诉我们：“在潘德克顿法学熏陶下培养出来的实务家们，由于对教授们怀着最大的敬意，较之判例，更热衷于频繁引用学说，并撰写内容可与学术论文相媲美的判决书。”他说的是德国的情况，法国有相当大的差异。但是，近代以来学说对司法决策的影响力还是在许多国家呈现出有增无减的势头。

第二个约束因素是审级设置带来的承担上诉职能的法院对统一法律决策的促进。法院分上下级的功能有二：一是为不满意一审判决的当事人提供一个独立的重新审查机会，以增进司法决策的审慎和公正；二是通过上级法官对下级法官判决中法律解释的审查而最大限度地保障所辖范围内法律适用的统一性。不必说，最高法院的主要功能之一乃是确保全国范围内的法制统一。要实现通过司法的法制统一，各个上诉法院之间需要就法律解释建立某种协调机制，更需要对最高法院的功能加以界定，重要的是，它在绝大多数情况下不作为一般法院处理案件事实方面的争议，而只审理那些具有法制统一意义的法律争议。与此同时，最高法院本身也必须受到自己已经作出的法律解释的约束，不可以今日之我非昨日之我，以确立法律解释的可预期性。

最后，法律教育对于法律家头脑的“格式化”作用也是不可忽视的。法律教育的过程正是让悠久而独特的法律知识传统深入受教育者内心的过程。两千多年来，一代又一代的法学家不断地细化和丰富法学的概念和原则。在欧陆，人们甚至用科学指称法学，这分明表达了将法律人变成像科学家那样严谨、理性的人群的企盼。虽然法律人永远也不可能成为在实验

室里工作的自然科学家，但是，他们仍然需要追求确定性，“同样的事项同等的对待”便是这种确定性追求的标志。法律教育通过将各种概念的内涵与外延进行仔细的界定，通过对法律原则与法律规范之间关系的细致探讨，通过把宏大价值与细小技术加以妥帖的结合，通过潜移默化的教学和实习过程，使得学生学会了“像法律人那样思考问题”。离开法学院，他们却戴上了法学的“有色眼镜”看世界，他们以法学的逻辑去塑造社会关系，他们当然也格外注重司法决策的统一性。

作者：北京大学法学院教授、博士生导师 贺卫方　发布时间：2003-01-03

13:10:01

上传时间：　2003/1/3　　文章来源：人民法院报

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

投票箱的妙用

by 贺卫方

问：过去两千年最伟大的发明是什么？

答：答案显而易见：发明不仅仅是技术，还有思想，所以最重要的发明是民主、社会公正的观念，还有创造一个没有阶级、种族和性别压迫的大同社会的信念。

Steven Rose §

回首百年来的中国社会演变，最令人感慨的是我们有太多的动荡和战争。列强入侵，伴随着西学东渐，西方的各种社会政治观念在中土流行和冲突，人们要打倒孔家店，要造反，要革命，要搞共和制，要建立民主制度，要无产阶级专政……利益的对立、权力的角逐以及人们对某些观念理解的差异，造成国人互相冲突，激烈时刻甚至——用唐德刚先生常用的说法——“直杀得血腥遍地，人头乱滚”。一个中国人，生逢 20 世纪，能够一辈子不遇战乱，不遭运动，几乎是不可能的，除非他的寿命足够短，生命之花在两场战争或运动之间短暂的间隙一现便凋零消失。说来怎么不叫人叹息呢。

令人不得其解的是，相互冲突的人们往往喊着同样的口号，追求类似的目标。例如民主，我们很难发现近代以来有什么人明确地反对民主，相反，无论是庙堂之上的大人先生，还是谋求变革的仁人志士，大家都以民主为旗帜，都声称自己是最民主的，惟有自己代表着绝大多数人民的利益，而反对他们的人就是反民主的。于是，这一阵是资产阶级民主派镇压无产阶级民主派，过一阵又是无产阶级民主派打压资产阶级民主派，中间还伴随着不同阶级内部保守派与激进派之间的相互斗争。讽刺的是，为民主的斗争，结果却总是摆脱不了“民主缺

一点——民王”的宿命。这可以说是我国近代史上的一个大悖论。

为什么民主会成为一个口号，一面旗帜，而且是那种能够拉来作虎皮的旗帜？民主一旦成为虎皮，则人的行为不免发生种种变异：握有权柄之人经常化旗为剑，对“与虎谋皮”者防范惟恐不周；偏偏皮外之人又多是“明知山有虎，偏向虎山行”的武二郎，于是人们便愈发形同水火了。

也许，应当检讨的是，我们对民主制度的社会功能的理解是否出现了某种偏差。我们一味地只强调民主制度对平民百姓的价值，它会让人民当家作主，会让人民直接或间接地参与国家管理，会把国家的官员都变成人民的公仆或勤务员，而且他们还要受到人民的监督。这些当然是不错的道理，然而却只是一面的道理。我们忽略了，民主制度不止是对老百姓有好处，它对手握权柄的人们更是价值无量。

一个社会得以维系其秩序，离不开人们基本的守法意识。在一般的层面上说，人们是否守法除了趋利避害的功利考虑之外，法律本身的合法性是极其重要的。没有哪个社会可以完全凭借暴力和恐惧而获得秩序。在初民社会，法律能够得到人们的遵循，是因为人们相信法律来自神启。在封建社会，守法的原动力可能来自于封建主与封臣之间的契约。近世以来所谓社会契约学说与民主学说合流，为了秩序，我们让渡出自己的一部分权利，由作为代理人的政府行使，与此同时，政府亦通过民主的程序产生，民意代表组成立法机关并将人民的意志上升为法律。我们为什么应当守法，因为那是我们的代表根据我们的意志而制定的。违反法律便是违反自己的意志。人怎么可以自己跟自己过不去呢？自然，个别人容有对法律的不满，但那并不构成违法的正当理由。法律的公正与否不能依赖于特定个人的判断。在通过民主的程序对法律作出修改之前，公民守法以及政府对违法行为依法加以惩罚仍有着毋庸置疑的正当性。

投票箱之妙不仅在于说服人们守法，而且还通过这一巧妙的程序，将决策风险转嫁给了选民本身。通过民主程序的决策，无论是制定法律，确定预算，还是选任官员，都是以公民参与的形式，让每一个参与者感到，决策是他们自己作出的，因此，如果决策失误，便无法将责任推卸到其他人或机构的身上。这里的情况有点像是婚姻，假如是由包办而缔结，日后婚姻一旦出现危机或破裂，则当事人完全有理由抱怨包办者乱点鸳鸯，包办者当然是难逃其咎。但是，男女两心相悦，甚至私定终身，此后的所有不幸都怨不得他人——自己扛着吧。非民主方式选任领导人仿佛是包办婚姻，选得好则皆大欢喜，选不好，民众的抱怨甚至反抗便具有了正当性。越俎代庖的人在行使了权力的同时更揽上了责任，而且动辄得咎，常常是费力不讨好。

耐人寻味的是，由包办产生的官员往往更难以称职，甚至更容易腐败。这倒不是由于非民选官员素质低下，而是由于他们无需向民众负责，因而也就使得民众对官员的监督失去了依托。这就是为什么许运鸿、成克杰这样的具有良好教育背景的官员也一样地腐败。腐败之外，非民主官员不称职还表现在对民众的要求反应漠然，以及常规性的滥用权力。当官僚系统成为治民而非民治的工具，官员最关注的必然是他的上级官员的好恶，而没有足够的动因和热情去了解和满足民众的需要。达尔尚松——路易十五时代的大臣——问得好：“有关百姓利益和繁荣的措施，谁能比百姓自己推选出来的人搞得更好？”因此，为人民服务的精神和行为并非产生于教育和鼓励，而是来自于如果服务不好就要丢掉乌纱的现实威胁。

当然，通过投票箱选任官员的弊病是选任过程所费不菲；为了让选民了解候选人的情况，以便减少投票时的盲目，人们需要安排竞选活动，包括巡回演讲、集会、辩论等等，大量的人力财力消耗其中，按照中国的一家报纸批评美国大选的说法，“金钱铺就白宫路”。虽然大多数情况下，相关经费都有帐可稽而且是公开的，但是，个别和局部的腐败也经常发生，并且对民主制度的声誉产生损害。但是，所有这些，都不足以说明放弃民主是明智的。非民主程序选任领导人可谓“成如容易却艰辛”，这个过程要付出的代价可能更大。选任前的种种交易、争斗甚至相互残杀——例如古代为夺皇位而兄弟相杀，今天已经屡屡见诸报端的为抢班夺权而雇凶杀人——自不待言，坐上宝座的人也从此不得安生，因为非程序获得的权位也可能被他人用非程序的方法剥夺。这就是在非民主国家里有频繁的宫廷政变的原因。

为了防止王莽之类的篡权行为，在位者不得不将巩固权力作为其第一要务。他要杯酒释兵权，他要驾驭群臣，他要警惕尾大不掉，他要兵无常将，将无常兵……为了强化更大范围内人们对他的拥戴和服从，他要千方百计地维护自己完美无缺的道德形象，他是一贯正确的，他的理论是完整而系统的，他不允许任何质疑，为此需要对人们的思想进行控制，将一切不满和反抗消灭在萌芽状态中。所有这些，正不知要耗费多少资源！更不必说这样的统治给一个民族的心灵会造成多么深重和长久的伤害。

与之相反，在民主体制下，由于官员是由民众选举产生的，投票箱赋予他们一种非民主程序产生的领导人不可比拟的合法性“法统”，他们无需用很大的心力巩固自己的权力，防范僭越行为。在绝大多数情况下，人们也不敢觊觎民选官员的宝座，因为那明显地是与千千万万选民为敌的行为。胸怀鸿鹄之志的人只能同样诉诸民主的手段，在换届选举时说服选民选举他们。在那里，权力的转移是通过和平的方式有序地完成的。

最后，投票箱对于那些下野的前领导人也是一种保护。任期届满，或者连任未遂，便还原为一个平民，不再掌握权柄，也就“无官一身轻”，回到老朋友中间，回到从前熟悉的社会，过平凡而逍遥的生活。因为权力的交接是彻底的，下野的人便不会构成对上任者的任何威胁，也就不会招惹猜忌和防范。然而，在非民主制度下，官位的后门却经常通往监狱；权力的丧失必然伴随着人身自由的丧失。为了防止这样的后果发生，人们一定要牢牢地握住权柄，生命不息，掌权不止，真正是死而后已。与此同时，由于掌权者谋求终身任职，茫茫无期的等待又必然导致觊觎者愈发欲火中烧，甚至铤而走险。官场中将更加充满变数，血光之灾随时可能发生。我们观察古往今来的政治史，这样的例证可谓俯拾皆是。

从上述种种来看，民主真正应当被列为人类历史上最伟大的发明之一，而投票箱的确可以称之为一种妙不可言的设计。考虑到民主制度对民众与官员两方面可以带来双赢的效果，仍然有人将其视为洪水猛兽实在是一件不可思议的事情。

2001 年 3 月 4 日蓝旗营

§英国神经生物学家。引文见布鲁克曼（编）：《过去 2000 年最伟大的发明》，转引自《中华读书报》2000 年 10 月 18 日第 23 版。

http://www.china-review.com/execute.asp?path=/content_files/tpxdmy.htm20010425/tpxdmy.htm&luntantitle=投票箱的妙用

上传时间： 2001/9/19　　文章来源：中评网　　本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

王健著《沟通两个世界的法律意义》序

by 贺卫方

刚完成的序文一篇，贴在这里，请大家提意见。本书将由中国政法大学出版社出版。

贺卫方　2001-10-18

1:36:15　于雅典学园

****

这是王健博士在北大法学院作博士后研究的学术报告，就所涉及知识的广度和考订的细密而言，可以视为作者十多年来从事近代中国法律演变研究的一个重要结果。过去，王健的研究侧重近代以来的法律教育——1997 年我编辑《中国法律教育之路》（中国政法大学出版社 1997）一书时，就相当倚重他的研究和协助。后来，他又致力于搜集清末以降外人对中国法律的观察和研究文字，不久前出版了《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》一书（中国政法大学出版社 2001）。现在，这本以西方法律语词的输入及其对我国法律语词影响为研究对象的著作又将付梓问世，作为同道和好友，我深为他丰硕而出色的学术成就而欣庆，并且相信本书会成为研究中国近代法律史的必读书目之一，更将激发更多的学者对这个富于开垦价值的学术田园发生兴趣。

近代中国的法律演变之所以具有特殊的学术意义，是因为这个时期标志着延续数千年之久的传统治理模式的断裂和终结。虽然在以往的历史中，我们的制度演进也并非像某些论者所主张的那样完全自生自长，但从来的外部影响都没有像清末以来那般剧烈而广泛。20 世纪初，清廷下诏变法。最初这种变革似乎只是一种权宜之计，但最终却导致一种文化意义上的自觉选择，老大帝国的政治法律制度开始由西方式制度取而代之。来自西方的法律规范、原则、理论、概念在中土不断传播，它们表现为一系列语词，但又不仅仅是语词；通过不断的引进，通过阅读、记忆以及现代传媒的大量复制，通过现代型的法律教育，它们已成为我们自己的知识。甚至在这个过程中，我们连对自家历史的原初记忆也丧失了，例如今天的历史学家对中国法律史的解说就没有办法摆脱这些外来的语词及其背后的各种概念、原则等等。

从一个更广泛的角度观察，一个民族对另一个异文化的语词的翻译和接受的过程可以视为一种文化的移入。翻译，首先是语言符号的转换。在转换的过程中，很明显，翻译者要面

临着如何极尽所能将原文的意义以及风格加以完整准确表达的问题。当然，这不是一件容易的事情。钱锺书先生用旅行作比喻："从最初出发以至终竟到达，这是很艰辛的历程。一路上颠顿风尘，遭遇风险，不免有所遗失或受些损伤。因此，译文总有失真或走样的地方，在意义或口吻上违背或不很贴合原文。"（《七缀集》修订本，上海古籍出版社 1994 年，页 80）这样的困难不仅表现在文学翻译上，法律文本的翻译也不能避免。而且，"遗失"和"损伤"也许只是消极面上的缺失，翻译过程中更可以出现积极面上的增加；译词添加了原词所不具有的意义，仿佛古罗马法律语词所谓"添附"。

不过，我们可以将这里的问题再深化一步，把本书的书名由一个正面的陈述句式变成疑问句式：人们是否能够通过翻译"沟通两个世界的法律意义"？我们平常用惯了各种双语词典，见到外文文本里的一个生词，总要通过查词典去理解。这让我们发生一种感觉或者幻觉，即不同语言之间永远会存在着对等的同义词。博尔赫斯说："词典是基于这样一个假设——一个显然未经过验证的假设——语言是由对等的同义词组成的。"然而，这样的对应关系能否在翻译中加以验证呢？从尼采到福柯，一直到更晚近的把"翻译的政治"作为专题研究的衮衮诸公（参看许宝强、袁伟选编《语言与翻译的政治》，中央编译出版社 2001 年），都对此提出了发人深省的质疑。在本书展现的近代以来法律语词的翻译个案中，我们不难发现这样的佐证。简单地说，西方法律词汇表渗透着西方的文化精神，它们的汉译过程正可以说是西方法律理念对使用者的控制过程。

我们被控制了？听起来这种说法似乎相当刺耳——更刺耳的说法是"被殖民"了。可是，我们怎么可以不被控制呢？在这样的词汇表无从摆脱的时候，即使不是翻译，而是写作，可那种写作又在多大程度上可以与翻译相区别呢？当然，在极个别——往往是在形而上的论题方面——的情况下，我们还见得到用文言写作的事例，可是，那种刻意避免西方词汇"污染"的写作姿态分明表示着作者格外地受到外来词汇的控制。退一步说，即使是不受外来语词控制，用文言写作又意味着受到受什么样的词汇及其背后的文化权力的控制呢？

本书尽管侧重考据，在理论分析方面常点到为止，但对我们今天习焉不察的各种法律语词的来源进行的细致梳理却是极具学术意义的，也可以启发人们思考更多的问题。在阅读过程中，我突然冒出的一个想法是：再过一百年，我们今天已经接受过来，并且看来十分确定或固定的这些语词会不会变得面目全非呢？"后之视今，犹今之视昔"，可不警乎！

2001 年 10 月 18 日凌晨蓝旗营

附网友回应

好序！好序！

【沈浪】 2001-10-18 22:32:30

引用:

博尔赫斯说："词典是基于这样一个假设——一个显然未经过验证的假设——语言是由对等的同义词组成的。"然而，这样的对应关系能否在翻译中加以验证呢？从尼采到福柯，一直到更晚近的把"翻译的政治"作为专题研究的衮衮诸公（参看许宝强、袁伟选编《语言与翻译的政治》，中央编译出版社 2001 年），都对此提出了发人深省的质疑。在本书展现的近代以来法律语词的翻译个案中，我们不难发现这样的佐证。简单地说，西方法律词汇表渗透着西方的文化精神，它们的汉译过程正可以说是西方法律理念对使用者的控制过程。

沟通，存在着"去控制"和"被控制"的紧张。这是中国学人的双重使命：他们努力去控制西方的理论，同时也自觉地反抗被控制。这种内在的张力，值得关注。

先生的序言，好象只突出了被控制的一面，读来有点压抑。

我也引一段钱钟书先生的文字，算是对贺先生上述文字的一个补充："人对于自然的胜利，窗也是一个。不过，这种胜利，有如女人对于男子的胜利，表面上看来好像是让步——人开了窗让风和日光进来占领，谁知道来占领这个地方的就给这个地方占领去了！"

有了窗户、风和阳光，这日子就惬意多了。

【廖奕】 2001-10-20 13:44:33

刚到书店见到"西法东渐"便对友人大赞此书。贺卫方老师的这篇好序更让我感到了法律史尤其是法学史对整个社会的意义。以前写东西，读的都是临时招徕的"参考资料"；现在有闲静读才发现历史著作对于小到一个人大到一个民族的极端重要。读史可以让人冷醒，不为一些浮云遮蔽视界。有时侯，我很鄙视那个非历史的自我，无数的小聪明随风而逝，难得的大智慧有岂是轻易得来？

【一水寒】 2001-10-20 13:53:23

可惜我现在还没看到这本书，要不真该好好读读。

上传时间： 2001/10/18 文章来源：雅典学园

王英为什么败诉

by 贺卫方

一些案件，涉及的一方为孤立无援的个人，而另一方为企业、组织或有权势者，人们在评论它们的时候，同情的天平往往会偏向弱者。这当然是人之常情。在以“奇女子挑战全国白酒”而引人注目的“白酒标签案”所引发的报道和讨论中，舆论就出现了这样的情况。除了酒厂人士以及饭碗与白酒生产密切关联例如“酒文化研究会”成员的人士外，其他人大多站在王英一边。甚至参与审判本案的一位不愿露名的法官也表达了对王英行为的赞许。不过，我个人认为，尽管王英的遭遇和处境令人同情，但理性地看，不支持王英主张的法院判决仍然是正当的。王英在接受记者采访时说，希望“全国法学界、律师界、医学界和研究药物依赖的专家、新闻媒体都来讨论一下这个问题。”作为一个法学研究与教学工作者，我愿意谈点自己的看法。

从法院的判决可以看出，企业对产品标签内容的设定有直接的法律依据，那就是《饮料酒标签标准》。在判断一个案件时，法官首先要考虑的是法律条文，看法律是否对特定主体规定了某种权利或义务。例如，法律规定，每一个适龄公民都有服兵役的义务，如果某人符合服兵役的义务而逃避履行，便构成了对法律的违反，要受到相应的制裁。然而，在本案中，被告人富平春酒厂的行为没有违反法律的规定，因此，以被告人没有在标签上标注警示或危害成分而要求给付赔偿是于法无据的。

可是，正如王英所质疑的那样，《消费者权益保护法》第１８条以及《产品责任法》第１５条对生产者告示义务的规定还作数么？表面上看，《标签标准》与上述两法发生了冲突，不过，这里有法理上所谓普通法与特别法的分别；对于一个生产饮料酒企业来说，遵循前者是基本的法律义务，因为这毕竟是专门针对饮料酒生产企业所作的特别规定。从常理上看，两法的规定所针对的是具有相当危险性的产品，就近取譬，比如法院引以为据的《饮料酒标签标准》，之所以明定“饮料酒”，是要与其他诸如“工业酒（精）”之类的酒相区别。可以想见，如果是工业酒精，标签标准肯定要严格得多。

王英举出媒体关于美国法院让生产香烟的企业“赔得吐血”的消息，将其与她作为消费者再三败诉的境遇相比较：“我并不是说美国的法院比中国的好”，但言下之意，还是认为美国法院对消费者的保护更完备，力度也更大。实际上，我们应当注意到，中国与美国属于两种不同的法律类型。在美国，法官可以通过判决来创制法律，其法律的基本内容是一代一代法官在司法过程中的创造物，法官具有相当的能动性，所以称之为判例法或法官做成的法（ｊｕｄｇｅ—ｍａｄｅ　ｌａｗ）。中国则属于成文法，法官的任务是严格地依据立法机关所制定的法律处理案件和裁决纠纷。所以，假如本案发生在美国，法官完全可以宣布《标签标准》不符合更高层次的某个法律，或者干脆宣布“违宪”，从而使该标准失效。然而，在中国，法官却不能这样做，他们只能适用法律哪怕他们个人认为这法律不公平。

那么，在现行体制下，王英们该怎么为消费者权益而奋斗呢？答案不是像王英说的那样，“通过河南省检察院向最高人民检察院提出申请，请最高人民检察院抗诉省高院的判决。”而且因为再审、抗诉的次数没有限制，便“一刻不停地与之斗争，不断地提出再审和抗诉。”如果现行法律不改，一味地在司法领域“斗争”，只能使代价越来越高昂。合理的选择是：

在立法领域寻求改进，即说服人民代表和由他们组成的立法机关，修改目前的法律。一俟法律改过，再有酒厂胆敢不依据法律规定的标签标准的相关内容，则此后的官司消费者必赢无疑。只是王英本人的这起官司仍翻不过来，因为法律不能溯及既往。从前的事情，只能按从前的法律判决。

（作者单位：北京大学法学院）

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《南方周末》2000 年 8 月 10 日

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

网上的司法智慧

by 贺卫方

将要发表在《人民法院报》10 月 12 日上的回应

请沈浪、廖奕、徐州阿迪诸网友原谅没有事先征的你们同意的引用。

网上的司法智慧

贺卫方

网络世界实在是一个奇妙的所在。各种各样素不相识的人们在一个虚拟空间里畅所欲言，大家通常不用真名，一些观点的表达也更无所顾忌。想想在从前，要发表一篇文字，过五关，斩六将，好不容易见报，再要获得读者的反馈，更不知要等待多长时间。但是，在网络世界里，有版主而无编辑，要发表见解，键盘一敲，顷刻之间便世人皆知了。而且更令人快意的是，马上你就可以看到来自读者的反应，有直率的批评，有建设性的补充，有对进一步思考的提示。所有这些，对于作者来说，真正可以说是受益无穷。

不独此也，有时网络言论还可以针对平面媒体上的言论作出回应。我在本栏发表了与张卫平教授商榷的文章“司法智慧何处寻”之后，除了读到张教授本人在本栏的回应文章之外，还意外的在“法律思想网”上看到了一些网友的评论。这些评论显示出若干独到的见解，自己受益之外，很愿意把这些观点在这里展现出来，与报纸的读者分享。同时，自己也作些简短的回应，希望能有助于引发更多的人参与思考和讨论，并在客观上推进网络与报纸之间更好的互动关系。

网友沈浪的评论称拙文“有点苏力化了”，因为我提出法官在判决书里怎样说理的问题

难以一概而论，“需要放在特定的语境中，在说服者和被说服者之间的关系中加以把握。”沈浪提醒读者回忆我的同事朱苏力教授的“语境论”。点出这样的相似之后，沈浪进一步提出了一个更深层次的问题：“问题是：所有的语境都是被构建起来的。此点往往被论者所忽视，以至于把构建起来的语境，当成了实在的语境，从而使之变得消极和保守。论者需要用心思考的，是一个语境是如何构建起来的？在这个构建过程中，法官如何做到与时并进？这正是司法裁判者的责任和使命之所在。”

我要承认，这是一个大问题，而且是极具价值的课题，深入的阐述足以成就一篇优秀的博士论文。我的看法是，如果说语境是构建出来的，那么这种构建也必须在漫长的历史过程中把握。与一个数学家提出某个公理得到的社会认可不同，司法决策的正当性更依赖文化的因素。在特定的社会中，流行的价值观念常常能够成功的阻却改革的努力。遥想百多年前，西洋人到中国，发生一些外人与国人之间纠纷和案件，我们的衙门在审判时遇到的最棘手的问题正是中西双方在给定的司法传统上的凿枘不投。在 19 世纪的西方，律师辩护已成惯例，而我们这里，讼师或蔑称“讼棍”的那些“法律工作者”在主流意识形态里还是害群之马。乔太守式的诗化判决书风格被人们公认是惟一可能想象的正当的判决风格。在这样的语境里，即使是某个县令先知先觉，在理性上觉察到西方司法制度具有更大的合理性，他也不可能超越文化环境对他的限制。这种限制不仅仅体现在司法领域，立法也是如此。像死刑能否在立法中废除的问题，最大的障碍正是那几乎成为一种普遍信仰的观念——“杀人偿命”。

不过，这样的说法似乎封杀了制度创新的可能性。事实上，制度、文化以及个人在历史演进的过程中呈现出复杂的关系。尤其是在一个日益开放，各种给定的传统的正当性受到越来越深刻的质疑的转型期社会里，某种外来的信息，内部经济与社会的发展，乃至孙中山式的个人登高一呼，梁启超式的洋溢着情感力量的笔触，都可能引发所谓语境的改变，进而导致制度的变革。近年来，人们对司法判决为什么应当说理的重视，最高法院在这方面的推动，在一定程度上证明了所谓语境是一种动态的、不断变化的东西，是人可以有所作为的领域。

司法决策模式变革要面临着的另一个问题是：我们在哪里寻求确定性，也就是说，不同风格背后需要有客观和一致的东西。网友廖奕的回应表达了这样的追求，他说：“司法判决实际上是司法权力权威化的典形表现，不同的风格必须遵循相同的道理，那就是：法官理性在司法权力与权威的协调过程中必须大行其道。法官可以没有自己的主观个性，但不能缺失职业的客观理性，这种理性说到底无非是一种将自己判决有效正当化的智慧型努力。司法的智慧，在贺先生看来，不应是法官素质的内容，它更应是一种文化的构建，不知当否？”

的确，现代司法制度乃至整个法治的最可欲的价值就在于，较之人治，它能够创造确定性，从而使人们在行为之前预期行为的法律后果，不受那种多变的和恣意的统治。要实现确定性，天南海北、千差万别的法官们就需要在头脑以及行动上具有统一性。这种统一性要体现在哪些方面，在目前的社会环境下，如何增进和确保统一性，这是我们所需要思考和解决的课题。在我看来，目前最大的困难之一是外来的司法知识与本土的正当期望之间的紧张关系。

网友徐州阿迪在批评现状之后，表达了对于法律界在寻求司法智慧这个大课题上的殷切希望，不妨引来作为本文的结语：“最近[司法判决的状况]要好一些，在判决文书中更侧重于说理，引用的法律依据，条文、条款也比较详尽了，对证据的采信和判断依据基本上有个交代。但是仍然还不够，很多时候，常常硬邦邦地用一句‘本院不予采信’把不利于判决结

论的证据材料作废；还有的文书中间有明显的‘游离’痕迹，让人对事实和结论的因果关系感到费解。凡此种种，想来是与贺先生所谓的司法智慧背道而驰吧。而要加强法律界的这种司法智慧含量（我认为，不是法官才需要司法智慧的），主要还是要靠法学教育界的努力和法律人的自觉追求。”

2001-10-10 14:31:20　发表于[雅典学园]

非常高兴看到贺先生的回应

【沈浪】 2001-10-10 16:20:31

对于学园的朋友来说，能和贺先生直接交流，已经是一件很开心的事情了（不少人说我这里是个福地，先有苏力先生介入，现在贺先生又深度介入，呵呵）。现在看到贺先生如此重视大家的意见，并对此作了极其精彩的回应，我想大家应该和我一样高兴。贺先生此举对于深入、完善我们的交流方式，非常有意义。

我一直为自己的上述评论忐忑不安。因为看到语境一词，我总会本能地想起苏力先生。对于苏先生的语境论，我曾经写过一篇现在看起来比较幼稚的评论。不过其中的基本观点，我还是比较坚持的：所有的语境都是被构建起来的，都和构建者的姿态有关。苏力先生的语境论以及他的相关研究，取决于苏先生的个人姿态。它不是、也不可能是唯一的、真实的语境。只有正视这一点，我们才能避免把自己的立场固化，而是必须时刻反省那些不出场、但是暗中操纵自己的语境的立场、姿态，以推动自己与时俱进。

我同意贺先生所说的："语境是一种动态的、不断变化的东西，是人可以有所作为的领域。"这也可以说是贺先生对自己所做工作的一个注解，是贺先生构建自己的语境的立场和价值趋向吧。对于一个知识分子来说，要想在改变语境方面有所作为，恐怕最重要的是改变约束这一语境的知识状态，从而推动语境的改变。当然，对于一些不合实际的做法，也应该及时指出其问题，否则冒进的语境一旦形成，祸莫大焉。贺先生的《司法智慧何处寻》，无疑属于后一种努力，是难得的理智之言啊。

至于法律的确定性，我认为主要和法律适用过程有关。只有深入研究司法过程的性质，才可能对这样一个问题，有比较深入的解释。我最近在读台湾王泽鉴先生的《法律思维和民法实例》，该书的主题即与此有关。在法言法语论坛，台湾的林霈先生、CIVILLAW 和我，对此有一个基本的讨论。我个人认为，法学方法论的成熟对于推动司法智慧的成熟、确保法律适用的安定性和合理性具有非常重要的意义。遗憾的是，不仅很少有法理学者关于这个领域，就是民法学者也很少反思自己的思维和方法，法官，据我所知，就更缺乏这方面的自觉了。这一点只要看看网络上所能找到的判决书、文章和网友的讨论，就可以确定无疑了。我对这种现象感到担忧。司法智慧何处寻？问的好啊。

马上要回家了，不能多写了。不过我会思考这个问题的。希望能写成一篇小文章，向贺先生和大家请教。

如何对待被建构出来的语境？

【法逸斋主】 2001-10-10 17:18:55

沈浪提出这个问题确实很重要，这里至少隐含了这么几个问题：

1、 人的认识的有限性，实际上同时也表明了理性思考的有限性；

2、 语境能否被最接近真实地描述，这里的最接近意味着我们要探究接近的程度；

3、

语境在被描述或者被建构过程中能够给出多少事实，这些事实是根据浅一层次的事实被提炼的结果，还是直接获得的，如果是被提炼的结果，那么最重要的是提炼的方法是否足够科学或者说足够接近真实？如果是直接获得的，获得这些事实的方法、手段能否被证明是全视角的，最接近事实本身的?

4、

我们是在哲学的本体论意义上探讨语境还是从现象世界来探讨语境？如果是前者，讨论语境时就可以判断语境是人建构的，因此“色即是空，空即是色”，但是问题是判断是由人作出的，那么这一判断是否足够接近事实马上又成为一个新的问题，人类的理性在此无解。如果是后者，就如贺卫方所说，这是根据历史、文化建构的，那么这样的语境在人的有限性中被建构出来，反驳其有效性就必须从概率上进行。例如某种语境被提出，我们的质疑不是它的成色是否足够纯粹，而是它的成色是否具有优势概率如 50%以上。如果具有这样的优势概率，那么这样建构的语境应当有足够的现实效用，从这里出发可以对许多事物的判断获得相应的优势概率准确性。如果不具有优势概率，那么我们就可以说，因此而建构的语境不具有现实效用——或者是错误（注意：依然是从概率上判断），或者现实效用度很低。

沈浪兄提出这一问题的最大意义在于提醒我们在问题研究上永远知道自己的局限性。同时当我们确定一个判断时必须清楚其反题同样在一定程度存在其真理性(但愿诸位不会讨厌我用这个词)，但是并不因此而放弃判断的努力——在社会科学领域也许没有一个判断可以被理解为是完全符合真实状态的。最后我们是否可以得出一个结论：所有的努力都是为优势概率而奋斗？

补记：

从某种程度上说，我对苏力的批评就是对其建构的语境在优势概率上的否定，欢迎沈浪兄批评。

相关文章及网友回应：
HREF="http://law-thinker.com/detail.asp?id=343";

TARGET=_blank>司法智慧何处寻

上传时间： 2001/10/10 文章来源：雅典学园

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

为什么“口惠而实不至”？
——也谈国家赔偿法之不足

by 贺卫方

一

记得 1994 年国家赔偿法出台的时候，引来了全社会广泛的赞誉———这一下可好了，今后，国家机关的行为侵犯了公民的权利，也要承担赔偿的责任。这是多么令人高兴的事情啊！

然而，五六年的时间过去了。国家赔偿法的实施效果怎样呢？很遗憾，根据不少媒体的报道，在大多数情况下，受到冤屈的公民要获得应有的赔偿仍然是难乎其难的事情。一些因冤案而倾家荡产、妻离子散的个案，最后只能得到少得可怜的赔偿。不但不能弥合受害人原有的创伤，反而更是伤口上撒盐，杯水车薪般的赔偿让人在伤害之外又添加羞辱。

不仅如此，能够得到赔偿的还是极少数。更多的人还在为自己所受到的伤害而奔走呼号。近年来，因为在电视的法律栏目上露过几次面，在报章上发表了一些涉及司法公正的文章，我的邮箱里便经常有来自全国各地的诉冤信，甚至在办公室里也经常接待那些到北京上访的人士。他们的遭遇每每令我拍案而起。但是，一个无权无势的学者又能为他们做什么呢？

为什么，为什么初衷极好的立法竟然变成了画饼充饥的“样子货”？

二

从较浅的层面上说，我们固然可以认为这是由有关国家机关公职人员法律意识淡漠、缺少为人民服务的精神所致。但是，深一层看，所谓国家赔偿总涉及到国家与人民之间的关系。也就是说，不同的国家哲学观会对于由国家行为导致公民权利损害的结果的态度产生直接的影响。

在中国的传统社会，家国一体的政治哲学使得国家不过是家庭或家族的放大。皇帝并非现代意义上的一个政治官员，以皇权为核心的政府体系乃是民之父母。在这样的政治架构下，国与民之间的关系呈现出非常独特的形态。对待子民，国家（皇帝及其官吏）应当如父母，如保姆，教化他们，爱护他们，惩戒他们。作为子民，则自始便不具有与国家平等交涉的权利能力，甚至在道德方面也居于劣势。国家当然也可能在行使权力的时候出现错误，甚至陷入“邦无道”的状态。对此，我们的古典思想家们提出的方案趋向两极，通常要求君主要体察民情，对行为不当的官吏给予应有的惩罚；圣旨降下，恶官砍头，朝廷英明伟大，皇帝浩

荡，万岁万万岁，哪里还有国家赔偿这一说！但是，如果问题到了十分严重的程度，思想家们便不是希望革命，便是建议逃走。孔子所谓“危邦不入，乱邦不居”是也。同样没有国家赔偿问题。

要之，国家赔偿要在特定的国家、公民关系下才可能出现。按照近代盛行的社会契约学说，国家是因为人们为解决没有国家时的困难而产生的。每个人将自己的一部分权利让渡给政府，为的是大家能够过上更有秩序和更自由的生活。政府的行为须受到作为民意体现的法律的约束，甚至民高于国。从法理上说，政府是受委托者，一旦它的行为造成对公民权利的伤害，则应当作出应有的赔偿。

三

当然，对国家哲学或对现代政府背后的理念的认知非一朝一夕之功。就今天我们面临的情况看，要尽可能有效地解决国家赔偿法“口惠而实不至”的问题，最有效的办法是建立能够独立地审查政府行为并独立地判处赔偿的机制。实际上，用不着另起炉灶，我们有现成的法院系统。现在的问题在于，各级法院不可能做到这一点。什么因素使得法院难以独立？很简单，法院在财政、人事等方面都严重地依赖各级政府。俗话说得好：“拿了人家的手短，吃了人家的嘴软。”你戴着我给你的乌纱，捧着我给你的饭碗，却吃里扒外，我政府有点过错，你不维护我的威信，反而判我赔偿，有你的好果子吃么？

司法机关本身的问题又怎么办？的确，目前司法机关给公民造成冤屈而不及时和合理地赔偿的情况也不少见。这种情况的改变涉及到整个司法制度的改革，例如，提高法官的选任标准以增进司法的公正，弱化现行管理制度中的行政化倾向以明确司法决策的责任与荣誉，理顺上下级法院机制以增强上诉审的纠错功能，加大裁判文书的说理成分以避免暗箱操作，等等，都将有利于司法公正的实现，减少司法冤屈。与此同时，如果我们真正赋予法院对政府行为的审查权力，法院将一方面独立地判断每一起纠纷，将正义送给每一个人，另一方面，法院也在行使这种权力的过程中提高自己的司法水平。

上传时间： 2002/3/13　　文章来源：法制日报 2001.11.14

为什么法官当律师的多 律师当法官的少

by 贺卫方

说起从优秀律师中选任法官，当然是好处多多。诸如有助于减少法官腐败，有助于提高司法权威，有助于改造政治生态等。据报道，现在，肖扬院长又提出了这个话题，无疑对这项改革由倡议向制度现实迈进给了有力的推动。不过，我认为有必要对于推动这项改革时可能遭遇到的一些困难作些梳理，以便未雨绸缪，通盘兼顾，避免一项新改革出台始于轰轰烈

烈，终于无声无息的结局。

从世界范围看，法官选任的候选人背景无非是两种，一是欧洲大陆模式的起始从业型，即一个人自完成法律教育和司法研修之后便进入法院，从助理法官开始，数年之后就具有了独立法官资格。高等级法院的法官往往都是循着审级的路线逐渐升迁而来。另一种模式则是英美国家的转职任命型，没有人可以从法律职业一开始就担任法官，法官的基本来源是律师以及检察官（在英美的制度理念里，检察官不过是国家聘任负责追溯犯罪、维护法律的律师而已）。

就维系一种公正的司法体系而言，两种模式之间原不存在优劣高下。能够形成不同的法官选任制度，是跟特定国家的历史演进、法制结构以及法官在法律秩序中的角色等有着密切关联的。

从中国的实际出发，我们需要采取什么样的法官选任办法呢？首先需要看到的是，我们缺乏英美国家相关制度得以形成的那种历史背景，尤其是判例法对于法官知识结构的特殊要求，在我国这样的成文法国家里是不存在的。在判例法的环境下，法官是宪法和法律的基本解释者，甚至是法律发展的最重要的推动者。由于确立了遵循先例原则，所以法官肩负着通过个案的判决对于后来的法律人乃至整个社会加以说服的使命。在近代民主制度确立之后，由于不受民意的直接制约，法官的权力更成为对于民主决策予以平衡的独特力量。从最具职业声望的律师以及检察官中选任法官，无疑是确保法官完成解释宪法和法律、推动法治发展乃至平衡民主这类重大使命的基本前提。从我国的情况看，尽管过去的二十多年间，法院以及法官的地位有了长足的提升，但是法官选任标准还需要改进。

如果再深入到司法权运行的具体过程观察，一个显而易见的事实是，司法系统仍有着一定的行政色彩。这种现实在影响司法公正最大化的同时，也减弱了法官职业对于优秀律师的吸引力。作为法官，对于他所审理的案件，享有独立的权力（当然也承担着不可推卸的责任），能够最大限度地发挥自己的知识和智慧，有时还能够在判决书的内容或修辞上留下深刻的个性化印记，这是法官职业最具魅力的一个方面。而上命下从、刻板僵硬的司法模式，又如何让资深律师欣然前往呢？

法院难以吸引优秀律师进入的第三个原因听起来有些俗，但是在设计制度时却无法回避，那就是法官的收入较律师太过低下的事实。法官收入比律师平均要低些，即使是英美国家也是如此。之所以一些优秀律师不惜付出收入减少的代价也要做法官，是因为前面所说的法官的崇高地位、独立权力、彰显知识与智慧以及终身任职等所带来的巨大补偿。尽管如此，法官的收入也不可过于寒酸。像我们的现实，律师的合法收入往往是法官合法收入的数十倍甚至上百倍，心态严重失衡的法官就很容易生出其他想法：或者利用自己的权力（即便是不独立，但是责任的模糊反而更方便利用）牟取私利，或者干脆辞职下海，合法而逍遥地去赚大钱。事实上，近年来法官下海当律师的情况可谓不少，而反过来，由优秀律师而当法官的却是寥寥无几，仅有的几例还是受命担任院长或副院长。

他们与其说是看重法官职务，不如说是冲着行政级别去的。

最后，现在律师的数量也不足以给我们的法官提供充足的选任资源。目前全国律师数量不过 13 万，而法官却有 20 万以上，这跟美国的从 80 多万律师中选 3 万多法官形成了强大

的反差。解决这个问题的办法可以是增大律师规模，同时也可以考虑大幅度减少法官的数量。

上传时间： 2004/7/8 文章来源：新京报 本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

为什么法院不可封杀记者

by 贺卫方

“不能禁止新闻界报道在法庭上业已展现的事实”。这是现代普通法早已确立的准则，所谓司法独立，应当包括司法独立于媒体的影响。

广东高院“封杀”六记者

2003 年 11 月 21 日，广东省高级人民法院向全省各级人民法院、广州海事法院、广州铁路运输两级法院下发了《关于禁止戎明昌等六名记者旁听采访我省法院案件庭审活动的通知》（粤高法［2003］252 号，以下简称《通知》）。依据这份《通知》，从 2003 年 11 月 20 日至 2004 年 11 月 19 日，分属南方日报、羊城晚报、广州日报三大报业集团 6 家报社的 6 名记者将被禁止到广东省三级法院旁听采访案件的庭审活动。

2003 年 11 月 7 日和 11 日， 6 家报社分别从不同角度报道了广州市中级人民法院正在审理的一宗离婚析产纠纷抗诉案，正是对此案件的报道使得各报社的撰稿记者招致“封杀”。在《通知》中，广东省高级人民法院称：“该案由广州中院依照审判监督程序正在审理之中，有关事实和证据正在深入调查核实。上述记者仅凭掌握的有限材料及旁听庭审的情况，就公开披露所谓的‘案件事实’并加以评价，‘法院未判，记者已先判’，严重影响了法院的正常审判秩序，对审判工作造成了恶劣的影响。”

“封杀事件”的背景是，2003 年 6 月间，广东省有关方面和广东高级人民法院联合下发了《关于规范采访报道法院审判案件活动的若干规定》（粤高法发〖2003〗11 号）。而这一《规定》，也正是此次广东省高级人民法院对 6 名记者实施“制裁”的依据。

《规定》共八条，被当地记者称为“八条规定”，其主要内容为：“依法公开审理、尚未宣判的案件，记者可以旁听，但不得进行采访报道”;“已经公开宣判的案件，可以采访报道，但必须实事求是、客观公正，对事实和法律负责，并且不得作出与法院裁判内容相反的评论”; “省级以上（含省级）新闻单位采访各中级法院和基层法院的审判活动，必须经省法院新闻办公室审查批准”，等等。

而来自法院一方的解释是，出台此《规定》，主要是考虑很多案件在法院未宣判前，媒体就大肆报道，给法院的审理工作带来很大干扰，有“法院未判、媒体先判”之嫌。此外，

由于法院方面的负面新闻太多，损害了法院在普通百姓心中的形象，如果媒体对已生效的判决说三道四甚至背道而驰，将进一步“损害司法的尊严，削弱人们的法律信仰”。

类似“对记者实施制裁”的事情在国内已非第一次出现。2002 年 7 月 26 日，兰州市公安局宣传处就曾向包括兰州晨报、西部商报在内的六家当地报社发函，明确表示，对分属这六家报社的 16 名记者“各分、县局和市局机关各部门将不予接待”，其理由是，这些记者的报道“损害了公安机关和人民警察的形象，给公安工作带来了很大的负面影响”。更早些时候，中国足协也曾因对一些体育记者发出“封杀令”而在媒体中掀起轩然大波。（《新闻周刊》记者金凌云/文

转摘自 2003-12-10 新华网）

2003 年岁尾，广东省高级人民法院发文剥夺六名记者对广东省内的三级法院采访权一年。消息传出，立即成为社会关注的热点。虽然事情已经过去一段时间了，当时媒体也曾经有过一些批评的声音，但是其中的问题似乎并没有得到透彻的分析，法院所依据的相关规则仍然没有废除，也就是说，法院还是可以依据此规则对于类似行为加以处罚，甚至那六名记者现在依旧是“戴罪之身”，无权采访广东地方法院的审判活动。因此，对于这种事未过、境难迁的官方行为作出更深入的分析，还是很有必要的。

这次封杀行为依据的是当年六月广东省高院会同有关部门下发的《关于规范采访报道法院审判案件活动的若干规定》，该规定的一些内容对新闻报道与司法之间的关系作出了一些具体的界定，例如“依法公开审理、尚未宣判的案件，记者可以旁听，但不得进行采访报道”；“已经公开宣判的案件，可以采访报道，但必须实事求是、客观公正，对事实和法律负责，并且不得作出与法院裁判内容相反的评论”。

表面看来，法院所依据的规则似乎有可以理解和同情的理由，那就是力图减少由于新闻报道的偏向而给司法过程带来不应有的压力，以确保司法公正。有关人士还举出了张金柱案为例，证明这样的规定以及惩戒记者的行为的合理性。的确，对于尚未审结的案件，如果媒体作出偏向性的报道和评论，势必会塑造某种偏颇的舆论环境，给从事审判的法官带来某种微妙的心理影响甚至直接的压力，有时这种压力之大，甚至完全可能导致法院不得不顺从媒体的指挥棒，在事实上形成媒体审判的结果。我们都知道，就其内在性质而言，司法和传媒是相当对立的：媒体往往是一时一地民众情绪的传声筒，它缺乏司法决策所需要的那种严格依照规则的审慎特征，同时又具有多样化和多变性等不确定的因素。实际上，所谓司法独立，应当包括司法独立于媒体的影响，这已经是世界范围内的共识了。

不过，这种对媒体报道的限制本身需要受到限制。例如，虽然对藐视法庭的惩罚可以由法院自行裁判，但是对于怎样的行为构成本罪却是必须由立法加以规定的。这中间的道理不难理解：一个机构自己制定规则，同时又自己解释规则并作出处罚，权力的运行就完全失去了制约，谁能保证法院不利用制定规则的机会想方设法专横地压缩媒体监督司法的空间呢？所以，按照分权学说的通例，法院只能按照立法机关所制定的规则对于各种违法行为作出判决。如果涉及法院与传媒之间的关系，因为事关司法独立以及新闻自由等重大宪政问题，乃是需要国家通过基本法来调整的领域，即使最高法院也无权制定一般性规则，更不必说一家地方法院了。而广东高院恰恰在这里超越了合理的界限——所谓《关于采访报道法院审判案件活动的若干规定》分明是调整传媒与司法关系的重大规则，法院又分明自家制定又自家适

用。试问，如果受罚媒体对于法院的处罚提出抗辩，它们又能够找什么机构说理呢？

既然规则本身就是越权的产物，常规立法过程中必要审议程序就不可能存在，其中出现一些专横武断的条款就毫不奇怪了。我们且看上面提到的规定：对于公开审理、尚未宣判的案件，媒体"不得进行采访报道"，这种不分青红皂白的禁止令真正完全违反了审判公开的法律准则（宪法第 125 条，法院组织法第 7 条，刑事诉讼法第 11 条）。所谓审判公开，决不仅仅指审判过程对于当事人或他们的亲属公开，更包括一般公众有权获得与审判相关的信息。获取的途径一是可以自由地到法院旁听，另一种则是通过媒体及时而全面的报道。后者在现代社会里是一般公众了解司法过程的更重要的途径，不必说，也是人民对于司法权进行监督的途径。现代普通法早已确立的准则之一是，"不能禁止新闻界报道在法庭上业已展现的事实"，原因就在于此。

当然，考诸不同国家的实践，立法对于法庭审判报道往往有某种限制，例如涉及隐私案件，不经过当事人以及司法当局的同意，则不得进行公开报道。另外，不少国家对于记者的采访方式作出了严格的限制，最突出的是对于录音、摄影以及电视录像或直播的限制。这种限制主要出于保障法庭程序的庄重、连贯和不受干扰，而绝非为了封锁新闻界。我们从新闻画面中总是可以看到，一些受到关注的审判，法庭外往往记者成堆，当事人、律师或检察官进出法庭的时刻，记者提问不断，镁光灯闪成一片，没有来自法院的任何干预。媒体当然可以对于审判过程进行报道和评论，以满足人民对司法权行使过程的知情权。哪里的法院可以如此霸道，规定媒体"不得进行采访报道"呢？

其实，从法院自身的角度看，不允许媒体报道案件审判也是不明智的。当媒体把法庭上双方的证据、法律上的论辩公开地展现在更广泛的公众眼前，那种试图干预司法独立、谋求法外利益的力量就会受到来自舆论的抑制——有关事实和证据，"地球人都知道了"，你还要求法官明火执仗地作枉法之裁判，岂不是太过不近情理了么？人们常说"阳光是最好的防腐剂"，实际上，司法的公开透明也是司法独立与公正的最有力同时也最经济的保障呢。

再说已经宣判的案件，广东高院的规定是可以采访报道，但是却强悍地命令媒体"不得作出与法院裁判内容相反的评论"。初看之下，我简直不敢相信，这样的规定居然出自今天这个时代里位居改革开放第一线的一家高级法院！法院作出的判决不等于真理，凭什么不允许媒体批评？即便是真理，如果这般害怕批评，那样的"真理"也未免过分脆弱了些。其实，略有宪法意识的人都会清楚，宪法中规定的新闻出版自由决不仅仅是指公民只有说"正确的"话的自由，或者只能说官方许可的话的自由；言论自由最重要的价值恰好是让那些为流俗或权贵所不喜甚至憎恨的言论得以自由地表达。推动制度改善的最重要的动力往往是批评而不是颂扬，这已经是古往今来多少历史经验所证明了的事实。

就司法裁判纠纷的基本逻辑理路而言，法院所面临的往往是相互冲突的利益诉求，在今天这样的利益越来越多元化的时代，我们很难说某种利益就是完全正当的，而与之相对立的利益便是邪恶的。不过，法院却经常需要作出一个此胜彼负的判决。这可以说是司法者所面临的困境，同时也未尝不可以说是他们职业极具魅力的方面。尤其是涉及到一些法律解释中不同的政策指向，涉及不同阶层和人群的分歧的道德价值判断，法官需要在这繁复棘手的冲突之中保持平衡，其中是非曲直，哪里是法官一纸判决就能定分止争的！正是因此，美国联邦上诉法院以及最高法院判案，在作出具有法律效力的判决的同时，更允许参加案件审判但持不同意见的法官制作异议意见书，并且与主判决同时发布——当然它并没有法律效力。伟

大的霍姆斯大法官贯持与主流不同的见解，并且每每作出强有力的论证。人们公认，霍姆斯以及布兰代斯的异议意见书对于后世美国宪法和法律学说与制度的发展贡献至伟。道格拉斯大法官甚至直截了当地声称能够表达与同事不同的意见乃是“使审理上诉案件的法官能够对其职业生活予以容忍的惟一事物。”

碍于政治和法律文化的差异，我们可能短时间内难以接受让合议庭的法官公开发出不同声音的做法，不过，如果媒体也只能跟着司法判决人云亦云，做法院的喉舌或传声筒，岂非荒唐可笑之事？

最后，我的这篇小文也完全可能招致广东高院的处罚，因为宽泛地说，那项规定也是法院的一项决策，我的直率批评分明是作出了与该决策内容“相反的评论”。写到这里，心中不免恐惧起来了。

相关新闻：广东高院“封杀”六名记者

2003 年 11 月 21 日，广东省高级人民法院向全省各级人民法院、广州海事法院、广州铁路运输两级法院下发了《关于禁止戎明昌等六名记者旁听采访我省法院案件庭审活动的通知》(粤高法[2003]252 号，以下简称《通知》)。依据这份《通知》，从 2003 年 11 月 20 日至 2004 年 11 月 19 日，分属南方日报、羊城晚报、广州日报三大报业集团六家报社的 6 名记者将被禁止到广东省三级法院旁听采访案件的庭审活动。

《通知》一经发出，便迅速在各报社引起强烈反应，当地许多记者私下称此事为“封杀事件”。而除了对 6 名记者职业生涯的影响之外，对此事的议论已经延伸至“新闻报道与司法透明”的层面。

有人提出，广州“封杀事件”将进一步暴露“新闻报道与司法进步”之间存在的种种问题，而“法院直接对记者实施制裁”的做法如果被效仿，将可能对全国法院审判报道产生深远影响。

“我不明白为什么会开出如此重的罚单？”一位此次被“制裁”的记者说。在他看来，这份“通知”的出现等于直接剥夺了他们的采访权力。另一位受到“制裁”的记者也在电话中告诉中国《新闻周刊》，此事不仅给他的采访工作带来了困难，而且还影响了他的职业声誉。

11 月 7 日和 11 日，六家报社分别从不同角度报道了广州市中级人民法院正在审理的一宗离婚析产纠纷抗诉案，报道大意为：在一宗离婚析产纠纷案中，妻子分得百万家财，却同时要分担丈夫的百万债务；此案经广州市中级人民法院审结后，广东省检察院提出抗诉，由广州市中院依照审判监督程序再审。

正是对此案件的报道使得各报社的撰稿记者招致“封杀”。在《通知》中，广东省高级人民法院称，“该案由广州中院依照审判监督程序正在审理之中，有关事实和证据正在深入调查核实。上述记者仅凭掌握的有限材料及旁听庭审的情况，就公开披露所谓的‘案件事实’并加以评价，‘法院未判，记者已先判’，严重影响了法院的正常审判秩序，对审判工作造成了恶劣的影响。”

一位招致“封杀”的记者说，这样的民事案件题材因其新闻性而被各家报社采用。依照以往的惯例，类似的庭审报道很少招来麻烦，但此次却“不幸惹祸”。而广东省高级人民法院在《通知》中并未提及他们的报道是否失实。

事情并不如此简单，有受到“制裁”的记者提请本刊记者注意这样一个背景：6 月间，广东省有关方面和广东高级人民法院联合下发了《关于规范采访报道法院审判案件活动的若干规定》(粤高法发[2003]11 号)。而这一《规定》，也正是此次广东省高级人民法院对六名记者实施“制裁”的依据。

《关于规范采访报道法院审判案件活动的若干规定》(以下简称《规定》)共有八条，被当地记者称为“八条规定”，其主要内容为：“依法公开审理、尚未宣判的案件，记者可以旁听，但不得进行采访报道”；“已经公开宣判的案件，可以采访报道，但必须实事求是、客观公正，对事实和法律负责，并且不得作出与法院裁判内容相反的评论”；“省级以上(含省级)新闻单位采访各中级法院和基层法院的审判活动，必须经省法院新闻办公室审查批准”，等等。

广州的多数媒体接触到此《规定》是在 7 月初。其时，广州市中级人民法院邀请广州各新闻媒体座谈，座谈会的议题主要是讨论“如何处理案件审理报道”，各大报社、电视台、电台各派一名负责人、一名部门主任以及一名跑法院线的记者参加。

参加此次座谈会的一位报社部门主任对本刊记者回忆了当时的情形：座谈会刚一开始，主办方——广州市中院一名工作人员就拿出一份红头文件（即《规定》）开始念，然后讲制定这份《规定》的必要性。最后，留半个小时给众媒体代表发言。各媒体代表随即纷纷发言对此《规定》的出台表示质疑，认为“这与司法透明精神相违”。

媒体一方的意见是，“依照规定，所有案件在审理前审理中都不得报道，审理后不得批评，等于剥夺了媒体对法院的舆论监督权”。

而来自法院一方的解释是，出台此《规定》，主要是考虑很多案件在法院未宣判前，媒体就大肆报道，给法院的审理工作带来很大干扰，有“法院未判、媒体先判”之嫌。一名工作人员举例说，早先河南郑州的“张金柱”案，就是一个媒体先判、“民意杀人”的典型。此外，由于法院方面的负面新闻太多，损害了法院在普通百姓心中的形象，如果媒体对已生效的判决说三道四甚至背道而驰，将进一步“损害司法的尊严，削弱人们的法律信仰”。

事实上，类似“对记者实施制裁”的事情在国内已非第一次出现。2002 年 7 月 26 日，兰州市公安局宣传处就曾向包括兰州晨报、西部商报在内的六家当地报社发函，明确表示，对分属这六家报社的 16 名记者“各分、县局和市局机关各部门将不予接待”，其理由是，这些记者的报道“损害了公安机关和人民警察的形象，给公安工作带来了很大的负面影响”。更早些时候，中国足协也曾因对一些体育记者发出“封杀令”而在媒体中掀起轩然大波。

（《新闻周刊》记者金凌云 / 文　本文摘自 2003-12-10 新华网）

上传时间：　2004/9/27　　文章来源：原刊于《中国法律人》2004 年 8 月号

问题一箩筐——评李慧娟事件

by 贺卫方

李慧娟事件所涉及到的不仅仅是一个法官的命运问题，更折射出整个法治建设的诸多关键事项，可谓“问题一箩筐”。对于这些问题作出全面分析显然超出了一篇短文可能容纳的限度，这里只是将它们作些梳理，以便我们理解这个不大事件的重大意义。

先看其中涉及到法律冲突以及法律适用的问题。我国宪法规定，国家维护法制的统一和尊严。这一原则必须在国家权力运行的各个环节加以体现。尤其是法官，必须时刻注重在整个国家范围内法律适用上的统一，以便不同地方的人民能够真正生活在同样的法律准则之下。不过，许多事例表明，实现法制统一殊非易事，司法判决经常给人“深一脚、浅一脚”的感觉。因此，法制统一原则更深层次的要求是法官对于法律条文甚至法律概念的解释必须一致，也就是说，法制统一的前提之一是法官要对判决所依据的具体理由作出公开的解释。李慧娟是否正是这样做的？

更大的困难是，法官有时会面临着下位法律与上位法律相冲突的情况，这时法官是否可以就法律适用作出自主的选择？如果不能够选择，是否意味着法官要停止案件的审理，转而向立法机关请示？如果必须请示，则应当向上位法的制定机关请示，还是向下位法的制定机关请示？如果请示对象是下位立法机关的话，下位机关实际上就是对于上位机关的法律含义作出解读，它又如何可以就并非自己制定反而是必须遵循的上位法律作出解释？这种解释本身是否已经构成对上位机关立法权的侵犯？如果立法机关不能就相关事项作出迅速的解答，那么案件在法院就势必长时间搁置，当事人的权利如何得到及时而有效的保护？

第二类是人大与法院以及不同级别的人大之间关系的问题。依据宪法，人大当然是拥有对行政和司法权力进行监督的最高权力机关，不过，按照现代法治的一般原理和分权的基本原则，最高权力也不是不受限制的权力。人民代表大会对于法院（以及检察院）的监督应当采取怎样的方式，它能否直接就具体案件的处理做直接的干预？如果能够干预的话，那么宪法所规定的“法院依法独立行使审判权”是否成为一纸具文？

另外，按照我国宪法，各级法院均由各同级人大产生，向同级人大负责，那么，上一级人大是否可以就由下一级人大产生的法院所作裁判直接发文宣告相关判决无效，并责成下级人大常委会纠正法院的“违法行为，对直接负责人员和主管领导依法作出处理”？《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第 44 条明确列举了地方各级人大常委会可以行使的 14 项职权，其中并没有对于下级法院判决进行监督或撤销的权力。

还有，所谓上级人大与下级人大这样的说法是有问题的：既然民选机构，它惟一的上级便是所在地方的人民，上下级人大之间的关系并非行政意义上的隶属关系，在这样的情况下，“上级”人大可以向“下级”人大发号施令吗？

法官在司法过程中的独立性如何保障是第三类问题的焦点。现在，越来越多的人意识到所谓司法独立本质上正是法官个人的独立。马克思说得好，法官除了法律之外，没有任何上级可言。本事件中，李慧娟的行为只不过是她作为一名法官所应当履行的职责。她在审理中对于案件所涉及到的法律条文作出了选择，自觉地适用有助于法制统一的全国性的法律，而且又重申了《立法法》第 64 条所确立的准则。这样的行为如果说是进行了所谓“违法审查”，违反的是什么法？法官在履行司法权的过程中是否应当在法律解释的事项上享有豁免权？况且司法有审级的设置;对于下级法院的判决，如果当事人不服，可以向上级法院提起上诉。事实上，本案当事人双方都向河南省高院提起了这样的上诉。上级法院如果认为下级法官对于相关法律的解释不妥，完全可以推翻原审判决。现在的情况是，二审尚未开始，法院内部的程序还未走完，人大就已经插了进来，如此一来，不同审级法院的设置又有多大必要？

本事件里另一个颇具制度意义的问题是，报道显示，本案的一审判决经过了洛阳中院的审判委员会研究，李慧娟按审委会决议草拟了判决书，并送交主管领导签发。这样的集体决策模式当然是违反司法理念的，过去有学者曾经为审委会制度辩护，称其有助于抵御外部压力，李慧娟事件表明这种抵御是非常脆弱的。问题在于，审委会决策的责任在于这个集体，转过来要撤销李慧娟的审判长职务理由又何在呢？

上传时间： 2003/11/24 文章来源：南方周末

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

我们为何“上书”

by 贺卫方

老鹤按：这是《解放日报》记者诸巍对我的一篇电话采访稿，发表于 6 月 4 日该报的“观点”版。由于篇幅的原因，发表时略有删节，现回复原貌。

●主持人：本报记者诸巍

●嘉宾：贺卫方（北京大学法学院教授）

我们为何“上书”？

主持人：今年 3 月 17 日，来自湖北的大学毕业生孙志刚只因未带有效证件，在广州街头被无端收容，期间他惨遭殴打，20 日凌晨不幸死于收容站。这件事情曝光后，引起社会

各界的愤慨和思考。华中科技大学法学院俞江等三博士首先向全国人大常委会提出建议书，希望对《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》进行违宪审查。如此做法，前所未有，新闻界和法律界为之震动。就在舆论纷纷时，贺卫方教授您又与盛洪、沈岿、萧瀚、何海波等学者，再次建言人大，要求启动特别调查程序。中国知识分子素来有“为天地立心，为生民立命”的传统，您觉得自己在想到建言时，也有这样的激动吗？

贺卫方：的确，看到孙志刚事件的有关报道，谁都不免怒火中烧。不过，作为专业学者，更重要的是需要运用自己的知识对于这类事件屡屡发生的原因作出分析，对于现行制度如何转变提出建议。在这件事情上，责任感当然重要，不过理性而专业的分析更是治本的关键。我们不希望在这件事上造成一种善恶两分、忠奸对立的舆论，似乎只要将某些恶人加以严惩就万事大吉了。如果不从根子上消除某些弊端，那么孙志刚之后还会有张志刚、李志刚，或者崔志刚。我们五个人具体专业背景不甚一致，四位法学外，盛洪教授是经济学家。不过，在致力于制度建设方面，大家是一致的。

主持人：为什么在三博士递交建议书后，你们还要再次向人大建言？

贺卫方：孙志刚事件的意义在于，它反映的是宪法所明文保障的公民人身自由被侵犯，而且这种侵犯还是依据有关法规而实施的。再次向人大常委会建言，首先是支持三博士的违宪审查请求，希望人大能够对于这种宪法承诺与制度现实之间相互冲突的状况给予关注。神圣宪法不是空泛的书面条文，它们要在生活的真实世界里显示它的最高效力，“违反别的法律都要受罚，唯独违反宪法却可以安然无事”，这样宪法将永远不可能是根本大法。仔细观察，我们社会中公然侵犯公民人身自由权利的做法决不仅仅是收容遣送一种。其次，我们的建议书更侧重程序制度的构建，我们希望孙志刚事件成为一个契机，启动宪法第七十一条规定的特别调查程序，组织特定问题调查委员会，处置突发事件。实际上“委员会”有两种，一种是常设委员会（Committee），这类机构人大制度并不缺，缺的是另一种临时委员会（Commission），这就使得人大在运行过程中无法发挥最高权力机构的功能。另外，在建言中我们也强调了回避，尽管有关调查组已经对孙案做出了官方结论，但清一色本地官员的构成，难免瓜田李下，令人质疑处理中的公正性。“每一个人都不可以成为自己事务的法官”，这是最基本的程序正义要求。全国人大常委会不仅权威，而且具备应有的中立性。

主持人：您认为，两份建言会有怎样的结果？建言违宪审查，法律是否赋予公民这样的权力？

贺卫方：人大常委会是一个机构，而不是一个人，因此它将会有怎样的回应要涉及到一些复杂的因素，也需要时间。至今我们还没有得到任何反馈。尽管《立法法》规定，公民认为行政法规同宪法或法律相抵触的，可以向全国人大常委会书面提出进行审查的建议，但谁来审查，如何审查，在多久期限内给予答复等程序性内容都没有具体规定。制定法律是为了执行，空有概念没法实施，法律效力必然大打折扣。我们当然希望人大有积极的回应，除了特定委员会对孙志刚事件进行调查外，涉及到《收容遣送办法》的合宪性审查问题，最好能够举办公开听证会，让不同的观点交锋，让人民有了解和判断不同观点的机会。孔子讲“君子和而不同”，真正的社会和谐恰恰是建立在不同观点和利益的差异之上的。通过这种听证会，也会激发民众关注和参与公共事务的热情，这是政治文明的重要组成部分。

主持人：外界有很多评价，认为孙志刚案和两份建言书，对中国法制建设、政治文明推

动意义深远，这么说恰当吗，您自己如何评价？

贺卫方：现在评价这件事的意义似乎还太早。我只能说，它让更多人关注收容遣送制度，让更多人明白不是所有法律条文都绝对正确，让更多人具有宪政的意识，整个社会越来越把宪法当回事。法律是一个系统，局部和整体之间，局部和局部之间务必和谐一致，互相冲突抵消，又怎能依法治国、建立法治国家？纵观世界各国历史，宪政的建立都不是一蹴而就的，不过抓住一些重大事件的契机，使得一些具体制度得以建立，总是很要紧的。如果这个事件能够引发我们的违宪审查机制的起步，那也是对孙志刚的最大安慰了。

原载《解放日报》03 年 6 月 4 日

上传时间： 2003/6/21 文章来源：不寐论坛

我们需要“具体的法治”

by 贺卫方

离开了具体的法治，那种宏大而高扬的法治只不过是引起空气振动的口号而已。

平生极喜唐德刚先生的文章，不仅文采斐然，而且见解独到。现代社会科学的严格训练和长期的域外生活经历，使得他常能发前人未发之幽。例如，《胡适的自传》第四章注四论及孙中山的《民权初步》，认为其重要性不亚于《建国方略》、《建国大纲》和《三民主义》，然而，却被某些人忽略了：

孙中山先生是近代中国最高领袖中，凤毛麟角的 modernman；是真能摆脱中国封建帝王和官僚传统而笃信“民权”的民主政治家。他了解搞“民权”的第一步就是要知道如何开会；会中如何表决；决议后如何执行。这一点点如果办不到，则假民主便远不如真独裁之能福国利民。中山先生之所以亲自动手来翻译一本议事规程的小书，而名之曰《民权初步》，就凭这一点，读史的人就可看出中山先生头脑里的现代化程度便远非他人所能企及。汪精卫在“总理遗嘱”中之所以漏列此书，显然是说明汪氏认为这种小道何能与“总理遗教”的经典并列？殊不知我国的政治现代化运动中所缺少的不是建国的方略或大纲，而缺的却是这个孔子认为“亦有可观”的小道！……英语民族在搞政治上的优越性，就是他们会开会；认真开会，和实行开会所得出的决议案。其他任何民族开起会来都是半真半假。半真半假的会便不能搞“分工合作”和“配合工作”（teamwork）。而英语民族在政治上的最大武器便是“配合工作”。（页 89－90）

读这段注文，真有振聋发聩之感。是啊，在过去的一个世纪，不，在整个中国的历史中，

我们什么时候缺过显示高远价值或宏大价值的口号？从“为政以德”，一直喊到“主权在民”，历朝历代，不绝于耳。但是，口号与现实之间的关系，总像《动物农庄》里的“七条戒律”与动物们的真实处境一般，反差到令人不可思议的程度。为什么我们总是摆脱不了“播下龙种而收获跳蚤”的怪圈呢？很重要的一个原因便是，我们不能把宏大的价值与不弃微末的具体制度与程序的建设结合起来。

比如开会，在现代社会，大到国家最高权力机构的大会，小到企业里的董事会、学校里的学生会，小区里的居委会，三教九流，各开其会，以致于有所谓“文山会海”之慨和平文山填会海的呐喊。其实，我们的问题并非会多，而是会而无效或无果。有多少会开成走过场的表决会或表态会，开会之前结论已经作出；有多少会应该审议而不审议，或者审议过程只不过是唱赞歌的比赛。我们什么时候认真地考虑过，为了便于真正的审议，一个立法机构由多少代表组成方为适当，根据人数与时间，是否对每个发言者的用时加以限制，以确保不同观点均可以得以表达；代表以怎样的方式产生能够实在地代表相关的利益，怎样的表决程序才有利于代表们表达自己的真实意图？还有，为了更有效率地开会，我们在会前是否作出了充分的准备（例如将付诸审议的议案事先发给与会者，以便更充分地发表意见），是否在会后对相关决议的实施布置有效的措施？

法治建设方面又何尝不是如此？我们的法律，从宪法到行政法规，目前已是洋洋大观。宪法规定了“中华人民共和国的一切权力属于人民”，规定了“任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权”，规定了公民所享有的一系列权利，规定了法律面前人人平等、法制统一以及审判权和检察权独立等原则。可当我们对照当下法律生活的现实就会发现，宪法和法律中所规定的不少原则和权利缺乏具体的制度和程序作为保障，从而流于“口惠而实不至”的境地。

例如“法制统一”原则，虽有宪法规定，但是，如果法官的选任标准不一，他们对同样的法律条文或概念的理解就会参差不齐甚至大相径庭；如果没有协调高层次法院之间相关判决的有效机制，不同地方的司法决策就会各行其是；如果法院在审理具体案件时不能对低位阶法律是否与高位阶法律相符合以及法律是否与宪法相符合作出审查，便无法细致地辨析那些表面上难以觉察的法律冲突。所有这一切，都是在提出法制统一原则时必须考量的前提。

从前，人们观察欧陆与英美的政治法律学说与制度，每每受到欧陆理性主义和高亢的权利宣言的鼓舞，反而对英美式的谦和而渐进的学理与制度评价甚低。但是，经过一次又一次剧烈的社会变革和革命“洗礼”后，我们终于意识到，宣言不等于现实；离开了具体的法治，那种宏大而高扬的法治只不过是引起空气振动的口号而已。

上传时间： 2001/9/18　　文章来源：工人日报 2001 年 03 月 16 日

我为什么要停招硕士生（修订稿）

——与博客中国的对话

by 贺卫方

按：我关于暂停招收硕士生的声明在学术批评网发表后，引起了不少关注和反响。6 月 24 日晚上，博客中国的古川先生就此事对我进行电话采访，采访记录稿于 25 日上午发表于该网站。细读一过，发现一些字句上的讹误，便作了一些订正和修改，形成了这个修订稿。这里要感谢古川先生积极热情的工作，也感谢朱鲁子、李名梁、旺才、李强、江渚子以及无法一一列举姓名或网名的网友的评论。

贺卫方 6 月 26 日凌晨

【内容提要】当一个社会有不合理现象的时候，我们每一个人，都有责任去表达我们的不满，这也就是德国的法学家耶林所倡导的"为权利而斗争"。这种表达是现代社会每一个公民的义务。如果大家面临不合理的东西都忍气吞声，不去表达自己的不满，其实伤害的不仅仅是自己，而且包括社会的整体利益。

编者按：2005 年 6 月 24 日，北京大学法学院教授贺卫方发表了《关于本人暂停招收硕士生的声明--致北大法学院暨校研究生院负责同志的公开信》，引起巨大的反响，因此为了搞清楚事实的原因，博客中国对贺卫方教授进行了专访。以下为专访内容：

表达不满

博客中国：贺老师，您好，我是博客中国的，我们现在对您进行一次专访。您在今天发了《关于本人暂停招收硕士生的声明--致北大法学院暨校研究生院负责同志的公开信》，是什么原因促使您发了这样的公开信？

贺卫方：主要是研究生招生考试体制中存在的一些缺陷，需要我们去通过各种方式努力加以纠正，尤其作为一个学者，我认为这是关系到整个学术制度的建设和我们下一代学术人的培养的问题，是一个关系重大的问题。公开声明的方式看起来有些激烈，但这也是没办法的，借这种方式表达自己的一种希望甚至不满吧。

博客中国：为什么贺老师要发公开信，而不采取其他方式呢？

贺卫方：其实我们已经做了很多很多的努力。北大法学院 2004-2005 年研究生考试对于过去的考试方式进行了很大改造，主要是淡化了研究生入学考试的专业倾向，把 13 门“核心课程”都纳入到考试的范围。但是这种制度有很大的缺陷。最重要的是这种撒大网式的考试严重抑制了考试时应有的专业倾向。我们都知道一个报考特定专业研究生的考生意味着他希望将来从事这个领域的研究。为了达到这个目标，他们可以在自己读本科的阶段，尤其本科的大三、大四阶段，非常用心的去进行特定领域知识的积累，这种积累与将来的研究生考

试是有着对应关系的。考试时固然要判断他在整个专业领域中知识的广度，但是，非常重要的是需要考察他对于报考学科知识把握的深度和分析能力。对于积累深厚的考生，他就会在这个自己最擅长的领域中间发挥出自己的特色和特长。过去制度一直是这样的，但是两年前为了所谓考察一个考生知识广度的动机而导致了我们另外的一种尝试。这样的话会导致很大的问题——将来从事研究型职业的学生，他们未必是各个方面兼顾得很好的学生。有时候我们常常说，如果每个方面都达到及格或及格以上的分数，但是没有一个方面有一种特长，我不认为这样的人适合做研究型的工作。

还有就是保送制度，我对保送制度一直有不同的看法。我认为保送制度存在很大的缺陷。北京大学这样的学校，对许多人来说，坦率地说是个很大的梦想，尤其是在大学高考的时候，因为不同方面的原因，使很多考生发挥得不好，他们就没有考到理想中的大学。有许多人，他们的梦想就是在研究生阶段到北京大学来读书。保送制度就使这样人的机会减少。声明里提到的数字，是我昨天在北大官方网站查到的，我觉得已经达到相当不合理的程度。保送生太多了。有两种保送生，一种是因为学习成绩优异而保送，就是在四年的学习过程中，各门的课程，尤其是主要的课程，考分都比较高，名列前茅。实际上，我们的经验表明，有许多优秀的学者，当年在本科阶段成绩却并非门门优异。保送生过分偏向于应试型，就是说考试非常厉害，但做学问不一定很好。还有一种保送生就是学生干部、特长生，所以我觉得这样的保送是更不合理的保送。这样出身的人很少有人能成为好的学者，所以我认为保送制度不合理。当然，这样的一种缺陷，从内部来讲，可以举出八条九条，但是对于外部的采访来说，单这一条就可以表明我们这种考试制度的缺陷了。

我有权利不招

博客中国：你是否认为你有不招收的权利，而学校是否会同意？

贺卫方：当然有这个权利。我想招的学生，有种种因素招不来，但是我不招总是可以的，我甚至辞职都可以嘛，所以消极的方面是可以去做的。

博客中国：你打算在什么样的情况下恢复招收？

贺卫方：如果考试制度恢复到非常重视选拔培养学术人才，这样的情况下，我是会恢复招生的。

博客中国：在您的公开信中，您说："即使教师都反对，决策者却依然我行我素。"决策者是谁？你们北大决策有什么样的程序？

贺卫方：事实上是这样的，我们在前不久开过一次教师座谈会，那次座谈会的主题就是研究生入学考试改革的问题，我的同事和我的观点非常一致，都认为目前这种制度是错误的。但是有关的部门似乎是已经有结论，再来开这样一个座谈会。座谈会没有办法改变任何东西。这样的决策者，包括大学的有关管理机构，我觉得他们并不是偶然的。其实我在自己的公开信里边，明确的表示教育行政管理部门，也就是教育部，他们对研究生考试制度，按照他们的意图去设计，这种做法损害了大学的自治。研究生考试制度如何设计是应当由教授们来决定的。长期以来，这类制度都被行政管理人员、官员们玩弄于掌股之间，从而严重违反大学自治、独立的准则。

变革不难

博客中国：对你所提的各种缺陷，在现行的招生体制下，是否有补救措施？

贺卫方：其实道理很简单，要改变也不难。在八十年代、九十年代相当长的一段时间，我们实行的考试制度是有它合理之处的，基本上没有太大缺陷。那种制度重视考试本身，同时也为某些特殊人才预留一定空间。事实证明，今天活跃在学术研究第一线的许多优秀学者都经历过那个时代的研究生教育。北京大学一个非常有力的例证，1978 年考入北大西语系的张隆溪，他根本没有读过大学，但他直接考取了杨周翰教授的研究生，后来这个人成为在比较文学、文化研究方面非常重要的学者，现在在美国任教（贺卫方案：本文最初发表时把张隆溪先生的导师误为朱光潜先生，网友甘任远在关天茶社给予指正，这里表示感谢）。如果按照我们今天这样的体制，可能这个人就会被埋没。我的观点，就是回归那种制度，当然可以在一些枝节上加以完善，但不能像现在这样作剧烈的变动。现在我们的有关制度总是变来变去，朝令夕改。朝令夕改，则民无所错手足。我们应该有一个非常稳定的制度。

博客中国：您在北大，陈丹青在清华，从某种程度上说，是否体现出我们研究生招生体制上普遍性的失败？

贺卫方：我觉得目前这样的一种体制，确实存在着许多值得我们反思的地方，像艺术专业的招生，还要去考一些跟艺术毫不关联的东西，这哪里是选贤任能呢？做出陈丹青那样的决定，我觉得是不容易的，值得同情。因为他看着艺术方面非常有天分的人，被莫名其妙的标准挡在艺术学院的门外，而考上的人在艺术天资方面又根本不够格，这种情况让为人师者确实非常非常的痛苦。所以我觉得我们现在需要整体性的反思研究生考试制度，全方位的考虑各种因素。比如我们的法律专业，现在有两种，一种是法学硕士，一种是法律硕士，法律硕士是培养面向实务的复合型人才，这种专业的招生在我们这里已经远远超过法学硕士的规模。我们需要根据这样的情况考虑和设计法学硕士的招生和培养制度，把主要的目标设定为学术人才，我们要为将来的法学博士奠定基础。如果我们在招生的时候，不吸引追求学术目标的考生进入到法学硕士的行列，将来的法学博士招生又要以法学硕士为主录取的话，势必对法学博士甚至法学教授整体的素质带来潜在的损害。

大学就是教授

博客中国：你提到大学的独立方面与教授的独立，它们之间有什么样的关系？

贺卫方：所谓的大学，按照西方一个学者的说法，其实大学就是教授，教授就是大学的主人。大学里边相关的管理，学术制度的设计，学术政策的制定，都必须以大学教授的整体意志为转移。大学不应当变成听命于外部权力的一种群体或一种机构。所以我认为这两者是一致的。由于我们的大学是近代学习西方的产物，因此在官与学之间的关系方面一直难以很清楚地界定，大学自治和教授治校这样一种目标的实现一直面临着种种特殊困难。有许多人担心，大学独立会不会带来别的方面一些问题，比如说，不符合某些原则，带来某种不稳定，或者不接受外部权力的动员。我觉得一个国家，能够一声令下，全民都发动起来，这样的制度恰好最不具有稳定性。良好的体制下面，恰好是不同社会群体的独立性支撑了社会秩序的稳定。当某些危机或难题出现的时候，正是不同群体的独立带来了多样化的解决方案，使得

各种才智得以展现，最终给社会带来秩序。过分迷信政府的权力，把公权力的威力发挥到无远弗届的程度，看起来很强大，但是，没有第三种力量制约，这种权力也非常脆弱，甚至动员得到的不过是阳奉阴违。无所不能的政府最终将一无所能；当人民对政府无可奈何的时候，政府将最终发现它对人民也将无可奈何。所以，那种只看到大学独立的弊端，而看不到它的好处的观点不仅是片面的，也是危险的。

有关方面没有反应

博客中国：对你的公开信，有关方面是否已经有反应？

贺卫方：没有反应，今天早晨刚刚写出来。

博客中国：你以前你是否发过这样的公开信，有什么样的反应？

贺卫方：以前写过一封公开信，各种网络媒体报道的比较多。

博客中国：你的公开信在博客中国发表以后，到目前已达到 2000 多的点击率，四十多条网友评论。有的网友说你"发出了多少老师敢怒不敢言的话"，对你的勇气很赞赏。有的网友把你称为"中国知识分子的脊梁！"、

"中国教育的捍卫者"。你如何看待这些网友的评论？

贺卫方：这个太过誉了，我哪能达到那么高的境界。事关学者的追求和价值观，关系到我们的生存环境，如果我们眼看着我们的权利、我们所追求的目标一步一步被蚕食，被伤害的时候，大家都不发出自己的声音，任由那些缺陷存在，其实我们都知道，将来总有一天我们生活的基础将会被彻底摧毁。所以我们必须勿以善小而不为，况且这实在不是一个小问题呀。

公民行为的表现

博客中国：马丁·路德·金倡导"公民不服从"，您的行为是不是也算是公民不服从？

贺卫方：也许。当然，处境不一样了，马丁·路德·金需要到牢狱里去进行这种不服从。这样的意义在于，当一个社会有不合理现象的时候，我们每一个人，都有责任去表达我们的不满，这也就是德国的法学家耶林所倡导的"为权利而斗争"。这种表达是现代社会每一个公民的义务。如果大家面临不合理的东西都忍气吞声，不去表达自己的不满，其实伤害的不仅仅是自己，而且包括社会的整体利益。

博客中国：这种行为是不是也是公民社会公民独立行为的表现？

贺卫方：我想是这样的。公民社会或者市民社会，总是倾向于更多元化的社会。大家有不同的声音，对同样一个现象，可能有人说好，有人说不好，这是公民社会或者市民社会非常正常的现象。不同意见之间的一种互动、冲突、妥协才会带来整个社会的真正和谐，带来决策的更加合理化。

博客中国：北大在蔡元培时代就提倡"思想自由、兼容并包"，今天的北大离蔡元培时代有多远？具体表现在哪些方面？

贺卫方：蔡元培校长所倡导的那样一种"兼容并包，思想自由"的传统，实际上对北大后来的影响很大，属于这个传统的当然也包括后来的胡适校长。我觉得不应该忽视胡适先生所做的努力，我认为在 20 世纪的中国，胡适作为一个自由主义知识分子，他起的作用是重大的，影响面波及到人文社科的各个领域，甚至包括中国的政治发展。直到今天，对于许多在北大生活的老师和学生来说，这样的一种精神还是生生不息的活在校园里，活在大家的心中，尽管现实中还有太多不如人意的地方。

博客中国：您是毅然决然的？有没有顾虑过？

贺卫方：没有顾虑，这也不是什么敏感话题。

博客中国：你这样的行动会付出的代价？

贺卫方：我现在没有想到。我只是对制度框架的完善，做一点努力吧，我想象不出来这样的东西会带来什么不好的后果。

博客中国：你说自己是个弱者，弱者选择只有退让。你这样的选择是不是很无奈呢？

贺卫方：我自己前面说过，我自己了解到的情况是教师们的态度都非常一致，但是最后还是胳膊拧不过大腿。所以我们只能用这样一种方式表达愤怒吧。

博客中国：这种行为是不是一种消极的抵抗？

贺卫方：我觉得这是一种非常有力量的抵抗。我并不觉得很消极。我们社会经过改革开放 20 多年，已有很大的变化，大家并不觉得有权的人说的话都是对的，这个已经有很大的变化。

有所期望

博客中国：贺老师，对有关方面的反应是不是有期望呢？

贺卫方：我从自己的同事那里知道，许多人都说这个非常好，说得非常对。所以我期望大家在一起开一个座谈会，了解一下大家的心态是怎样的，再作出相对合理些的决策。重要的是不要在开会以前就形成定论，而是以一种真正民主的态度去对待。同时，我也希望教育行政部门能够真正意识到大学独立、教授治校的意义，对于现行的一切不符合这一原则的规则和做法逐渐地予以废除。

博客中国：谢谢贺老师，接受我们博客中国的专访。

贺卫方：别客气，博客是一种非常有前景的一种媒体形式，祝福你们的发展越来越好！

博客中国：谢谢贺老师，贺老师再见！

贺卫方：再见！

上传时间： 2005/7/12 文章来源：博客中国

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

网友评论发表评论>>只显示最新 10 条。评论内容只代表网友观点，与本站立场无关！

『Sidney』于 2005-10-2 23:21:00 发表评论：

咳。本人就是这种研究生招生制度的受害者。考试中的英语考试也是很没有必要的，到底是去研究法律还是研究英语？？

『hxrch』于 2005-9-30 18:11:00 发表评论：

大学能否真正独立，取决于我们的政治制度是否真正能保障民主.

『晨辉』于 2005-9-21 12:43:00 发表评论：

作为一名普通法学院的学生，心中早就充满了不满！愤慨！！但更多的却是无奈！！！深刻的记得贺老师的一句话：“有一个地方风可以进去

，水可以进去，但，皇帝进不去。这就是大学教堂。”然而如今就连国内最高学府的北大都是那么随随便便的把大门开向本没资格的人。而那些应该成为主人的人却被残酷的拘之门外，任凭他们怎么努力，挣扎，一切都于事无补，留下的只有埋怨和遗憾终身！

我敬佩贺老师的为人，能做一名学者该做的。“出淤泥而不染”没想到竟然在距屈原年代千年以后的北大还能体会的那么深刻！敬佩贺老师是一方面，但留给人们更多的却是难以置信和遗憾。。。。。。

我心中的天堂——北大你究竟在哪里？你还是原来的那个你吗？你真的是那个海纳百川 江河有声

润物无声 思想自由的你吗？

『欧阳奕孺』于 2005-9-20 10:55:00 发表评论：

我欣慰地看到，中国新一代真正可称为具有独立人格精神的知识分子终于浮出水面。这是遭受长达半个世纪破坏中国大陆的中华文化可望逐渐恢复的一线希望。

北京 观察家

『hhj』于 2005-9-19 16:05:00 发表评论：

今天想起了一位法学导师关于硕士、博士大面积扩招的评论：放一只鸭子是放，放一群鸭子也是放！真是形象！

『hhj』于 2005-9-18 23:33:00 发表评论：

本人也是一名在大学接受十年法学教育的学生。应该也是一个局内人。

耳闻目睹法学教育的现状，真是感觉失望、诧异、甚至恐惧。法学硕士研究生、博士研究生大面积扩招，导致整体素质迅速下滑。许多硕士研究生毕业时候的水平简直连本科的水平都没有了。特别是两年制实施以后，完全没有时间进行专业方面的深造，可是竟然还可以接着读博士研究生。大学的教授们也缺乏应有的监督。复旦大学陆教授嫖娼事件我想并非单单在这一个人的身上发生。一些教授傍大款、因为与女研究生师生恋而导致离婚的现象也不少见。理工科的教授招收研究生做自己的廉价打工仔。抄袭剽窃严重，有的还是老师带着学生一起抄。最为令人恐惧的是有人竟然大胆到把台湾人整本的书抄过来，仅仅去掉了之乎者也。

我不是完全同意贺卫方教授的观点。硕士研究生考试要考综合课目，这应该是需要的，因为你虽然主要研究法制史，而且经常发表一些言论，你必须确信自己不是一个法盲，而这需要有关民法、刑法、诉讼法的一般知识。只要接受过法学本科阶段的扎实、系统的教育，通过这样的综合课考试应该不是很难。因为大学本科的学习应该还是以打基础为主。但是我也认为这一部分综合课的考试应该在总分中所占比重应该控制在一个不太重的比例，与专业课应该拉开差距。至于法律硕士，因为只有非法律专业毕业的才可以报考，所以圈内人都知道大学法学院拼命扩招法律硕士的真正意图：卖文凭赚钱。法律硕士接受的其实主要是类似于法学本科一样的教育，远远谈不上贺教授所说的“通才”。法学博士也有很多滥竽充数的。一个奇怪的现象是一些从来没有接受过法学教育的人甚至是专业毫不相干的人居然可以读法学博士。贺教授所主张的大学教授的独立和招生自主权的扩大在目前博士研究生的培养中已经出现了严重的弊端。一些博导招的博士研究生主要是三种人：官员、大款、能够帮助做事的或者与自己有着或远或近的关系的人。前面两种人即使有机会进来读书，大部分也不珍惜这样的学习机会，仅仅是为了混一个博士文凭。贺教授或许自己道德情操很高，不会滥用这样的招生自主权。但是贺教授并不能够保证在这个学术圈子里究竟有多少人在权利、金钱和人情面前能够挺直腰杆。正如贺教授自己所说：他说出了许多人想说而不敢说的话。那贺教授也应该看到：这许多人为什么不敢说？这实际上就是一种在权力面前挺不起腰的做法。大学教授一样需要监督。大学教授的独立和招生自主权的扩大也应该建立在一些起码的标准或者门槛之上。因为教育特别是高等教育也存在一个机会公平的问题。许多寒门学子一没有钱，二没有权，他们如何能够与其他人展开公平的竞争？现在在热烈讨论的研究生全面收费制度也是面临这个问题。所谓的奖学金也很难解决问题。我所知道的法学教授里边，我最钦佩的是马克昌教授和梁慧星教授。马克昌教授以将近 80 高龄仍然能够独著比较刑法学原理，80 岁也不吃老本！梁教授为中国民法典的制定坚持己见、忧国忧民可以说是苦口婆心、赤胆忠心，不惜得罪立法机关而招冷遇！今天的思路有点乱。

『zhangyajie』于 2005-9-7 17:17:00 发表评论：

其实建立法律硕士教育和法学硕士教育就完全可以解决这个问题了，在招考的时候面向不同的侧重点就可以了。一个更倾向于全面和实务，一个更倾向于专业和研究不就可以了？自由就是可以学自己想学的东西，考自己愿意去考的试。而不必去迁就和应付。

『xibeizf』于 2005-9-4 9:15:00 发表评论：

祝我国的法学事业成为对中国现阶段社会的清醒者和正义职业，让我们新一代的学子们接过他们手中高举的不灭的光明火炬

『overcome』于 2005-9-1 14:28:00 发表评论：

做为老师,可以这么做.但其中的观点我不赞同.难道硕士就必须做学问吗?优秀的硕士博士到学术以外的行业难道就不可以吗?不要把学术看的太神圣,对于现在的学术界,优秀的人才混在里面简直就是虚度光阴,难有大的建树.

『王正勇』于 2005-8-23 11:11:00 发表评论：

好样的!支持

无效率乃司法公正之大敌

by 贺卫方

司法效率低下似乎是伴随司法制度而生的一个顽疾。莎士比亚曾借哈姆雷特之口将“法律之迁延”（law’sdelay）称作人世间的几大苦难之一，他用“待到草儿青青，马儿已经饿死”这样的谚语对司法拖延提出谴责。直到今天，司法系统不能对案件和纠纷作出及时的处理仍然是一个全球性的难题。

包括拖延在内的司法效率低下乃是司法公正之大敌。案件与纠纷的公正处理离不开法官对能够证明案件事实的证据的采信。然而，随着时间的流逝，有关记忆会模糊不清甚至颠鹿倒马。某些证据可能会完全灭失，从而使事实坠入永远无从查考的茫茫黑暗之中。拖延可能使某些案件的判决变得毫无意义，效率低下会令当事人的生活处于长期的不稳定状态之中，在诉讼的战车上进退两难：退则代价已付，心有不甘；进则定案无期，代价尚不知要再付几多。迟到的判决会加剧执行的困难，胜诉方拿到的判决书更可能成为一张空头支票或司法“白条”。低效将削弱人民对司法的信任和信心，他们只好知难而退，选择其他途径解决纠纷。

因此，司法低效不仅仅是个纠纷与案件及时解决的问题，它关系到整个依法治国事业的成败。

观察今天的司法体系及其运作，我们可以发现其中损害司法效率的若干因素。首先是法官不独立。司法管理体制中根深蒂固的行政化模式将法官纳入到了一种等级服从的格局之中，对于自己所听审的案件，法官很少有排他性的决策权；庭长、院长、审判委员会等都可以对法官的决策过程施加影响。这种无视法官独立地位的制度削弱了法官的荣誉和尊严——“既然迅速而公正地判决案件跟我个人的荣辱没多大关系，我何苦来？”更由于环节太多而使得司法的效率大大降低，仿佛关卡林立的道路难以畅通无阻。

通过损害独立进而降低效率的因素还可以在法院之外看到。从一个宏观的角度说，我们的司法决策还难以做到宪法所要求的“依法独立审判”，其他非司法或非法律因素常常影响甚至左右案件的判决结果。不仅如此，我们现行诉讼制度的一些结构性的缺陷也无从确立决策的稳定性和有效性。例如，“审判监督程序”，即在案件终审判决生效之后，当事人仍然可以提起申诉，要求法院对案件再审，再审当然又可以推翻从前法院作出的已生效判决。如果这样的再审要求得到检察机关的支持，法院则更需认真对待。在审判监督程序下，人们根本不可能得到一个最终确定的判决。司法决策的一个重要特点是，它无法做到“双赢”，必须判决一方当事人败诉。从人性的角度说，败诉方不可能喜欢相关判决。如果案件一经终审，便不可能改变，败诉的当事人也就不作推翻判决之想，而开始新的生活。但是，审判监督程序开启了欲望之门，让败诉方不断地求助于各种正当的或不正当的途径，以图推翻对自己不利的判决。于是，我们就看到，多少人终年路途奔走，权门呼号，多少资源耗费在这试图让每一个案件都达到完美结局的无尽追求之中。我们该记住西塞罗的话：“绝对的正义就是绝对的不正义。”

造成司法拖延尚有其他一些原因，看起来与制度缺陷无关。例如案件增长过快，而法官人手不足，导致积案过多。不过，即使这类现象，也与制度安排上的缺陷有关。为什么越来越多的案件涌入法院？经济发展、社会关系日趋复杂以及随着法治化程度的深化使得法院的作用不断加大当然是显而易见的原因，但是，并不是一切问题都应该由法院来处理的。我们是否认真地研究过怎样的事务适合通过司法途径解决？我们有无细致入微的标准对于所有的起诉加以甄别并给出有说服力的理由？民事诉讼中的一事不再理原则对于限制案件量极为重要，然而，我们却没有明确地加以确立。例如，《最高人民法院关于适用〈中华人民和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第一百四十四条规定：“当事人撤诉或人民法院按撤诉处理后，当事人以同一诉讼请求再次起诉的，人民法院应予受理。”这条规定就值得商榷。如果是当事人自己自愿撤诉的，该案在法院中就应当一劳永逸地消失，否则，允许他就同一事由再起诉，那么他就可以再撤诉，再再起诉，再再撤诉。如此一来，法院就要无休止地为某一案件不断地折腾，法院不应该如此不珍惜自己的人力财力，况且对方当事人的生活也需要安定。

上述几点，只是妨碍司法效率的几个直接障碍。其他方面的问题，如证据制度的改善，司法公开的落实，法官选任标准的提高等，也是不能忽视的。

http://www.rmfyb.com.cn/html/2001/03/07/00320010307001.htm

上传时间： 2001/9/16 文章来源：人民法院报 2001 年 03 月 07 日

宪法的命运

by 贺卫方

贺先生注：本文是给《南风窗》写的，但是在最新的一期里只发表出不到二分之一。现传上，在法思网上留一个完整稿吧。

与政治法律中的其他制度一样，中国的宪法也是近代舶来品。制度或观念领域的舶来品与器物层面上的舶来品不同，它的进入必然伴随着改变——本土的环境固然由于外来事物的引入而改变，但是本土环境也绝非一味地消极待变，而是积极地去改造外来事物。最终当然是一种妥协，制度变成一种四不像，或非驴非马。

说起来，非驴非马也未必是一件坏事，因为制度传播的过程总是伴随着某种变形，用一种常见的说法，有时甚至可以达到"创造性的转换"的境界。但是，问题在于，假如本土因素的改造使得外来制度完全沦为摆设，那么这样的引进就只能说是失败了。近代以来中国制定宪法多，而宪政的事实少，就明显不过地昭示了这样的失败。

为什么会出现这样的结局？是哪些因素让我们制定了冠冕堂皇的宪法，但又每每蜕化为"口惠而实不至"的空头支票？也许，有必要深入到西方宪法实践的内在环境，分析那里的宪政基础，再以"邻壁之光"照射我们"汉家故物"，这样的对照可能有助于发现那些能够激活我们宪法的要素，从而为宪政发展寻找可能的路径。

所谓宪政，大致上是指宪法条文得以在生活的现世中兑现的状态。但是从更宽泛的意义上说，宪政的要义乃是将一切专横的权力纳入规范轨道的事业。西方的成文宪法的历史并不长，那是从美国宪法开始的，至今不过两百多年的历史。但是，宪政的学说以及实践历史却是源远流长，早在古希腊的雅典时代，如何建立一种既富于绩效，又符合正义的政府，就是贤哲热心讨论、政客乐于尝试的大课题。实际上，柏拉图的《理想国》，亚里士多德的《政治学》讨论的主题都是如何建立一种正义的统治模式。而且，希腊仿佛是各种政治学说得以试验的最好基地，君主政体，寡头政体，民主政体，以及某种混和政体，在不同的城邦和不同的时期都得到了实践。这些理论和实践给后世的宪法理论与制度的发展提供了至为丰富的借镜和动力。

当然，如果我们把规训政府和保障人权这两项指标——其实，这二者差不多是一件事情的两个方面——当作宪政的主要目标的话，在西方的历史上，除了古希腊奠定的基础外，还有一些因素也相继出现，使得西方宪政得以最终确立。宗教以及教会是我们首先看得到的因素。基督教的神学学说本身包含着像原罪说、救赎说等教条，构成了对世俗统治者的强有力的约束。当每个人都需要赎罪以作为得到上帝宽恕的前提，国王也不能够例外；上帝面前人人平等很容易转换为法律面前人人平等。我们甚至可以在像圣托马斯那样的神学大师那里发现更激烈的也更具有宪政意义的表达。在这位杰出的神学家看来，对权力的服从是有条件的，这条件就是它的取得必须合法，或者后来成为合法的。统治者的命令不应超过人们所授予的

权力，也不应强使臣民承受无益的或不平均的负担。在所有这些情况下，服从是以权力的正当行使为条件的。不法命令没有约束力。无道之君必须加以反抗。在我国古典学说中，虽然也有民贵君轻一类的说法，但是，那大多不过是所谓“体制内学者”的规劝而已，以神学作为强有力后盾的思想却是闻所未闻的。

神学之外，罗马教廷以及教会的存在对于世俗统治者的制约更是显而易见。“把恺撒的归恺撒；把上帝的归上帝。”即使在黑暗的中世纪，这种俗权与教权的二元对立也构成了最基本的“两权分立”，它使得教廷和教会不能对世俗事务进行干预，同时，世俗君主也不可以“过网击球”，染指人民的精神事务。正是由于有了这样的两权分立传统，后世的一些宪法权利，尤其是宗教信仰作用、言论自由、学术自由等权利不受世俗权力干预才能够得到那样坚实的保障。“文化大革命”中正在“五七干校”里受尽磨难的顾准先生写下面这段话的时候一定是感叹系之的：“两种政治权威并存……对于欧洲政治之不能流为绝对专制主义，对于维护一定程度的学术自由，对于议会制度的逐渐发达，甚至对于革命运动中敢于砍掉国王的头，都是有影响的。因为在两头政治下最底层的人也许确实捞不到什么好处，体面人物却可以靠这抵挡那，可以钻空子，不至于像中国那样‘获罪于君，无所逃也’，只能延颈就戮！”

如果说套在世俗君主脖子上的第一条缰绳是宗教和教会的话，第二条便是阶级以及阶级斗争对君主权力的限制。过去我们对于封建社会阶级斗争的理解实际上是过于简单化了，因为它把本来十分繁复的社会结构简化为地主阶级和农民阶级之间的斗争，而且是不共戴天、你死我活的斗争；国王（或皇帝）不过是地主阶级的总代表。实际上，在欧洲的许多社会里，存在着国王、贵族、僧侣、商人、自由民以及农奴等非常复杂的阶层或阶级划分。这些不同阶级之间具有利益上的冲突，但是也经常发生某种妥协。持续久远的多元利益之间的冲突与妥协既构成了近代宪法得以产生的温床，同时也是宪法不流于空泛宣言或一纸具文的重要保证。英国历史上的第一个宪法文件《大宪章》便是贵族与国王斗争的产物。正因为利益攸关，虽然已经有约翰王签字画押，但后来的不同时期，贵族们还是要不依不饶地迫使继任的国王们不断地再确认《大宪章》的有效性。很明显，利益多元，不同利益集团要有各自不同的代表者，各种代表者都有机会在议会的立法过程中一争高下，在税收标准和财政预算的审核以及对政府的监督中大显身手，这些都是确保基本的宪政秩序得以存在的前提条件。

说到这里，也许读者会反问：我们的封建社会不是也有阶级斗争么，何以中国就没有产生出宪法呢？实际上，通常所谓“两千年的封建社会”根本就是张冠李戴；自秦以降的两千年中国社会与马克思意义上的封建社会全然不同。而且，由于中国传统社会对私语产权向来缺乏严格保护，科举取仕以及周期性的改朝换代又加剧了不同社会阶层之间的开放和流动，我们始终难以形成稳定的阶级界限和不同利益之间的各自共识。如此则即便有宪法类型的文件，那也仅仅是新王朝标榜其正统性和合法性的书面声明而已。

社会分工以及由此带来的知识分化是约束专横权力行使的第三个因素。社会分工的观念一旦进入政府制度之中，某些特定权力的行使者就需要以受过特定专业教育为前提，而专业教育本身所追求的目标便是通过系统的训练，使得受教育者具有专业的技术和理念，从而在日后行使权力的过程趋于规范化，具有可预期性，形成稳定的社会秩序。以法律职业为例，早在古罗马，法律的专业化就已经达到相当高的程度。近世以来，无论是欧陆，还是英美，由大学或其他职业训练机构所培育出来的法律知识与技术日趋复杂。这种知识和技术上的独立正是司法独立的源头活水和基本保障。与此同时，专业化的司法权对于行政乃至立法权力

进行合法性或合宪性审查的做法也为越来越多的宪政体制所接受。在现代民主国家，行政首脑照例是由民选产生，立法权的行使者更不消说就是人民自己的代表，相反在不少地方司法官员却是以非民选的方式产生，为什么居然是非民选的司法权可以对于民选的行政权和立法权进行审查？这是耐人寻味的一个宪政问题。当然，囿于篇幅，我们无法在这里对这个问题作出讨论了。

上面这一番对西方宪政历史与社会基础的讨论已经略显冗长，但是还是有许多重要的遗漏，诸如自古希腊以来的自然法观念及其对宪政的影响，自古罗马以来法律对私有财产的严格保护及其对公权力的限制，都是不该略过不谈的。尽管如此，对于这篇小文的主题来说已经足够，那就是，我们的宪政建设还任重道远。我们需要的不仅仅是文本的引进，更重要的是本国社会结构的改造。制定一部现代宪法、宣布一连串看上去很美的公民权利并非难事，但是，如果一个社会还没有出现足以使政府权力循规蹈矩、使公民权利化作现实的结构性的强大力量，则宪法终不免高阁蒙尘的命运。自然，这并不构成我们不去推进民主、法治和宪政观念在这个国家中传播的理由。

2003 年 1 月 7 日凌晨 2：45 写就

感谢贺先生惠赐文章。

上传时间： 2003/2/9　文章来源：作者授权　本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

宪法司法化四人谈

by 江平/贺卫方等

编者按：８月１３日，最高人民法院就山东省一起因冒名顶替上学引发的诉讼的法律适用问题作出《批复》，有关法院在审理这一案件时可以直接适用宪法的相关条款。

８月１６日，本报以《冒名上学事件引发宪法司法化第一案》为题，发表了本报记者就此采访最高人民法院审判委员会委员、民一庭庭长黄松有的文章。

此文在社会各界尤其是法学界产生强烈反响并引发激烈争论。赞同者认为，宪法进入诉讼领域，是中国民主与法制建设的一个里程碑。反对者则称，对该案件使用宪法条款进行裁决，是“杀鸡用了宰牛刀”，因为《教育法》对公民的受教育权已有详尽的规定，无需另外使用宪法。此外，也有学者指出，按照中国现有的制度架构，有关宪法的问题只能由全国人大作出解释。最高人民法院的《批复》属于“滥用司法解释权”。

为此，本报记者约请了中国政法大学教授江平，北京大学教授姜明安、贺卫方，全国人大常委会蔡定剑博士等四位宪法学研究专家，就以上相关问题进行了一次探讨性的对话。

我们认为，尽管存在诸多争议，但是，最高人民法院的这个《批复》提供了就宪法司法化这一重要话题进行讨论的绝好契机。如果学界在充分讨论的基础上，能够就此提出一个可行的制度安排，或者说至少能在认识层面达成一定的共识，那么这对中国的法治进程、对中国宪政的建立和完善也将是一个巨大的推动。

本报将对这一话题继续保持关注。

□本报记者　郭国松

批复是否纯属多余？

记者：在那起冒名上学案件中，根据最高人民法院的《批复》精神，山东省高级人民法院直接援引宪法中关于“公民享有受教育的权利”的规定作出了判决。这是新中国成立５２年来，宪法首次被用于司法实践。那么，到底该怎样看待最高人民法院的这次《批复》？人们对该《批复》的质疑到底有没有道理？

江平：最高人民法院曾经就这个案子咨询过我。现在能不能说最高人民法院的这个解释是扩大了司法解释权呢？我觉得不一定，它是对法院能否受理这起案件并如何适用法律问题进行解释，不是解释具体的宪法条款，这当然是最高人民法院的权力。如果民法或其他具体法律中都没有依据了，为什么不能根据宪法来起诉呢？

不过，原则上说，只要部门法、单行法有规定的，就没有必要引用宪法。就像受教育权一样，有了《教育法》，就不一定要用宪法。

尽管存在一些争议，但应该说，这个解释仍然是积极的，在中国法制建设的进程中是进了一步，不是倒退，这应当完全予以肯定。过去只能依据具体的法律，现在可以依据宪法，这是一个很大的进步。

但仅就这个案子来看，还不能说是真正意义上的宪法诉讼，比起原来由于单行法律被违反而引起的诉讼在本质上没有太大的差别，只能说是提升了一步。因为该案实际上仍是两个民事主体之间的纠纷，是民事案件，不是起诉政府的抽象行政行为违宪问题，是在民事案件中又存在着违反宪法的内容，从而以宪法为依据，来解决民事纠纷。

但是，在这之后发生的青岛市３名中学生因为高考分数线的差异而起诉教育部的案件，就是真正的宪法诉讼，它所涉及的不仅仅是受教育权的问题，而是法律面前人人平等的宪法权利。

姜明安：宪法诉讼通常不是两个公民之间的问题，它一般是指国家机关与公民之间的关系。两个公民之间可以通过民事、刑事的方式解决纠纷。

就这个案子来讲，本身确实可以不引用宪法，但现在判决依据的是宪法的受教育权利。

应该肯定的是，最高人民法院就这一案件所作的关于如何适用法律的司法解释并没有超越它的职权。法学界有些不同意见，主要是认为最高人民法院没有必要作这个司法解释，因为《教育法》中有关公民受教育权利的规定与宪法的规定是一致的。

我认为，法学界应当理解最高人民法院的用心。我们的宪法被“束之高阁”了几十年，过去之所以在司法裁判领域将宪法视为“禁区”，或许与宪法中某些权利的敏感有关，而这个案子恰恰是没有敏感的问题，比较容易操作。所以，盼了几十年，终于盼到了这个机会是很不容易的，作为法学界，应当大力推动。

贺卫方：我觉得对法律任何形式的适用都是一种解释，不必太忌讳“解释”这个词。过去人们对司法解释有一种比较混乱的理解，实际上，司法解释是一个法官在审理具体案件时，在适用法律衡量案件事实和法律尺度过程中对法律含义所作出的一种阐释。全国人大与香港特区终审法院关于解释香港基本法的含义所引起的争议，最典型地体现了不同法律传统之下对法律理解的差异，按照香港那些受过英国普通法训练的法官的理解，对法律终极的解释权应该是法官而不是立法机关，因为，如果由立法机关再来解释法律，就变成了制定法律和适用法律两种权力的合而为一，缺少了应有的相互制约。

比如某个地方制定的法规，如果法院认为它是违宪的——假如我们的法院可以行使这样的权力——我认为法院在行使权力的过程中事实上就在解释宪法。换句话说，法官是在运用他对宪法条文含义的理解而对法规的合宪性作出判断。

蔡定剑：最高人民法院的这种做法仍然是值得肯定的。从最高人民法院民一庭庭长黄松有对记者的谈话中可以看出，他们对这个《批复》以及就此发表的观点是比较谨慎的，他所说的宪法司法化实际是指宪法在具体案件中的直接适用，并没有涉及到违宪的审查问题。有些学者认为《批复》是对宪法的解释，但我不这么看，并且也没有超出它的司法解释权限。

但是，尽管山东省这起冒名上学案件是引用宪法中的具体条款作出的判决，但它确实不能称为“宪法司法化第一案”。宪法诉讼一定要在其他法律法规的保护手段用尽之后，才能进行。否则，将导致宪法诉讼的泛滥，宪法的根本大法地位也就降格了。

宪法应该是所有法律的基本标准

记者：在最高人民法院通过《批复》的形式，保障了宪法中规定的公民受教育权之后，会不会导致一系列与宪法有关的诉讼案件的发生？

江平：宪法权利被侵犯能不能告？我觉得当然可以告。青岛 3 个学生起诉教育部，有关律师事前也来咨询过我。这件事经过媒体的报道后，很多人表示支持，我觉得应该告。因为现在各部门的行政规章违反宪法的很突出。问题是，现在法院能否对行政法规、规章进行审查？

过去有过选举权被侵犯而提起诉讼的案件（指北京民族饭店１６名员工诉选举权被侵害案件——记者注），这属于宪法规定的政治权利。人家在你这里登记的选民资格，你把人家

漏掉了，选民认为是被剥夺了选举权，完全可以告。

我觉得，现在就是应当大力呼吁，把宪法诉讼提高到应有的高度。

姜明安：宪法能否适用和应该不应该适用是两回事，公民受教育的基本权利有《教育法》可以引用，但并不意味着所有的公民基本权利被侵犯的案件都能找到法律适用的依据。我查了一下，宪法规定的公民权利一共有 1 8 项，在其他具体法律中有规定的只有 9 项，比如“法律面前人人平等”的权利，这在普通法律中是没有规定的。我的不少女硕士生和博士生抱怨，她们在找工作的时候，有些单位就明确不要女生，所以，她们有的尽管比男生还要优秀，但找到的工作却比男生差。宪法规定男女平等，如果不能通过宪法诉讼，那这个权利如何获得保障呢？

类似的侵犯公民权利的例子还有很多，而且大部分法律法规都没有任何规定。如果我们不能进行宪法诉讼，那么，这 9 条基本权利是专门给人看的吗？至于另外有些权利虽有法律法规规定，但规定得不完善，比如劳动权、休息权，还有受教育权，也难以得到保障。

我的意见是，应该适用宪法，如果宪法是法律，而且是国家最高的法律，那么，为了一个国家法制的统一，就必须适用宪法。法律应当确定一个基本标准，这个标准是由宪法来确定的，如果宪法规定的标准可以被其他法律、法规任意侵犯和剥夺，那么宪法还有什么最高法律标准可言呢？法院在判案时，必然要涉及到法律法规的适用问题，但法律法规本身五花八门，要确定哪个法律法规是对的，宪法就是一个重要的标准。

贺卫方：民事权利能否推进到宪法权利？冒名顶替上学案件的判决有值得借鉴的地方。法律对权利的列举总是有限的，在很多情况下，需要法官的能动性和创造性，主动推动公民权利的扩张。英国的法官认为，司法过程中的创造是一种发现——对在以往司法过程中被人们忽视的权利的一种发现。

就目前的情况来看，司法权所面临的矛盾中较突出的一个，是专业化权力与民主化权力之间的冲突，也就是说，司法界能否说服社会公众以及民意机构相信，通过司法对社会关系包括宪法纠纷进行调整具有正当性是一个合理选择。

蔡定剑：我是赞同宪法司法化的，宪法不能在司法实践中适用的问题必须改变。最高人民法院曾经作出过法院在审理具体案件时不能适用宪法的司法解释，我认为，这种司法解释严格地说是违宪的。凭什么不能适用宪法？宪法是我们国家的根本法。现在最高人民法院的这个《批复》是一个进步。

对违宪行为如何行使审查权

记者：无论冒名顶替上学案件能否被称为“宪法司法化第一案”，宪法诉讼确实已经迈出了第一步。正是由于宪法长期不能进入诉讼领域而导致人们对宪法的陌生和畏惧，当我们今天谈到“违宪”这个概念时就觉得分外敏感。“敏感”也好，“畏惧”也好，既然宪法进入诉讼领域成为一种现实，对违宪问题行使司法审查权就是一个无法回避的问题。那么，我们

将运用何种手段建立违宪审查制度呢？

江平：最高人民法院这个司法解释的范围值得研究，它实际上并没有扩张到任何一种侵犯公民宪法权利的案件都可以诉讼的高度。所以，要进行真正意义上的宪法诉讼，还必须扩大对这个《批复》的解释。

现在进行宪法诉讼可能阻力太大，在法院没有走向真正的独立，司法不能形成至高无上的权力的时候，怎么审查违宪案件？

姜明安：首先，谁有违宪的审查权和司法解释权？既然要追究违宪的责任，对权利受到侵害的主体提供司法救济，那就必须有一个机关拥有对宪法进行解释的权利。这个解释权最终要由谁来行使呢？是全国人大还是最高人民法院？或者另外设立一个宪法委员会，赋予它对宪法审查、解释的权力？

其次，对于违宪责任的追究应由哪个机关提起，是不是一定要由国家机关来提起，个人能否提起？如果必须要有一个组织才能提起，那么，这个组织是最高人民检察院还是全国人大的一个机构？是司法机关还是立法机关或者行政机关？

我的意见是，像法律违宪这样高层次的问题，如果由最高人民法院来审查，可以采取提请全国人大常委会复议一次的形式。对于地方法规、规章违宪的问题，一律由最高人民法院予以审查，不能放在地方法院。可以考虑由各省市自治区高级人民法院向最高人民法院提出，或者由最高人民检察院提出，由最高人民法院审理。但是，像受教育权这样的并非真正意义上的宪法诉讼案件，最高人民法院可以把一下关，由地方法院直接审理。

在原则上，所有宪法条文都可以在法院适用，但我更主张主要在公法的案件中适用，因为公民的基本权利是相对于政府的，宪法规定的公民权利，就是政府的义务，像起诉教育部的案件，就是因为国家没有保护好公民受教育的权利，公民通过诉讼，要求政府履行这个义务。

贺卫方：司法审查机制很容易使人敏感。其实，这种过敏恰恰就是中国走向宪政道路的阻力所在。

我认为，宪法司法化的主要意义在于：一、以司法权的方式裁判宪法争议，从而为这个社会中的某些冲突提供和平而理性的解决途径；二、对于不合宪的具体和抽象行政行为以及立法机关的立法宣布无效，从而增进法制的统一性；三、通过具体判例推进宪政以及公民权利的扩展。重要的是，如果只是由某个机构进行文本审查，则不同法律之间的内在冲突便不会被发现。

只有通过具体的诉讼过程，那些细微的甚至微妙的矛盾方能发现和解决。

如果让法院行使违宪的司法审查权，很多人可能会担心，我们的司法机关缺少像美国最高法院 9 名大法官的权威，但是，并不能因为法院存在腐败行为，就不给法院应有的权力。事实上，一些国家的经验表明，对司法权威的提升最具效果的恰恰是在那些具有宪法意义的案件中法官的独立性。

建立我国宪法诉讼机制的可能模式

记者：在上一次的专访文章中，我们列举了世界各国宪法诉讼普遍采用的两种模式，即以美国为主的普通法院模式和德、法等国家的普通法院之外另立机构的模式。有些学者反对我国采用普通法院模式，理由是，在现行的宪法架构下，这将与立法机关产生权力冲突；由普通法院按照普通程序受理宪法案件，是“过高地估计了中国司法机关的权力”。在这样的背景下，建立我国的宪法诉讼机制将有哪些可供选择的模式？

江平：普通法院模式是最下的选择。宪法案件到底由哪个法院审理？如果都到最高人民法院诉讼，那审判时限怎么办？还是设立宪法委员会比较可行。

姜明安：确实有体制上的障碍，但制度是人设立的，宪法也可以修改、补充，以适应宪法诉讼的需要。另一方面，司法人员的素质也是一个障碍，现在大家都在说法官不行，不能给他们这么大的权力，这实际是一种恶性循环。

如果最高人民法院不能拥有宪法解释权，那是不是所有涉及宪法的案件都要到全国人大去？

蔡定剑：在一些国家，违宪通常有三种情况：一、立法机关和行政机关制定的法律法规与宪法相违背；二、司法判决违宪；三、权力冲突的违宪，主要是指美国联邦制的各州之间的法律冲突。

如果以普通法院模式推进中国的宪法诉讼，所走的路可能更长，法院要树立这样的权威也需要很长的过程。如果认为法院在作宪法解释，马上就会有人出来反对。但如果设立宪法委员会，预计会被更多的人接受。全国人大在讨论《立法法》的时候，就讨论过宪法委员会的问题，即设立宪法委员会，由全国人大领导。

贺卫方：现在的问题是，面对越来越多的宪法案件，如果解释权只能属于全国人大，那么，每年开会若干次的全国人大常委会有没有这个能力来解决这些宪法纠纷？

考虑到现实情况，我国的宪法诉讼机制恐怕难以一步到位地放到普通法院。可行的方案是，设立独立于现行司法以及立法体系的宪法法院。宪法法院的大法官应该是享有崇高声望的法律界人士，人数不宜超过１５人。大法官处理案件的方式应该是司法式的，而不是委员会式的，也就是通过原被告之间公开的讼争，在此基础上，由大法官作出判决。为了使宪法法院成为推动宪政发展的积极力量，同时也为了有效地改变我们的政治文化过于注重“和”的传统，我们甚至可以倡导持少数派意见的大法官公开发表异议判决书。

http://www.nanfangdaily.com.cn/zm/20010913/xw/200109130468.asp

上传时间： 2001/9/25 文章来源：南方周末 2001 年 9 月 13 日

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

宪政的发生

by 贺卫方

大家好。说到宪法问题，我们遇到了一个巨大的障碍横在了我们面前,那就是国家的政治体制改革的滞后。政治体制改革和宪法、宪政上有着千丝万缕的联系,也可以在一定程度上说中国的政治体制改革就是宪政的问题。不久前闭幕的十六大在报告提出了政治文明这个概念,与市场经济相适应的政治制度必然是市场化政治，也就是说提供大家可以竞争、可以选择的政治，我们可以去竞争国家执政者的位置。公民在法律面前一律平等的一个非常重要的前提条件是我们在政治的机会面前人人平等。我们要搞政治文明，政治文明就是文明的政治，是跟野蛮的政治相对立的。我个人理解，所谓的文明政治，三个内容是不可避免的，那就是民主政治、法治政治以及现代化的政治文化，这三个方面的基本内容是不可缺少的。实际上下一步推动我们的法治改革也好、政治变革也好，也许宪法是一个特别好的着力点，刚才王磊教授提出了宪法司法化这样一个概念提出的背景，我觉着他这个背景十分巧妙，实际上其核心也就是如何把我们宪法所规定的对政府权力的限制落到实处,将宪法所承诺给我们的权利加以兑现。

关于宪法司法化，我们知道原来有人提出过司法审查，提出宪政等名词，这些问题都容易被人误以为资产阶级自由化，于是王磊找了一个不那么敏感的词汇叫宪法的司法化，没有想到说者无心听者有意，大家对于中国的宪法缺乏一种现实的效力普遍不满，在人们的不满中间王磊教授的口号得到了一个巨大的回应，现在已经演为一种运动，一种全国性．媒体不断关注的，研讨会不断研讨的这样的一个主题，实际就其核心．就其要害来说，如果把宪法承诺给我们的种种的权力加以兑现，让我们的宪法不再是口惠而实不至的一个空头支票，一个永远束之高阁。刚刚看了陕西魏雅华先生的大作，很有意思，宪法在当今的处境似乎很奇怪，一方面它好像没有什么用处，一方面官方又觉得它非常有用，这到底是一个什么问题，我们中国宪政问题主要出在哪。我要简要谈一下这个问题。

前一段我写了一篇小文章讨论宪法的命运，主要是从发生学这个角度去考察一下，是什么因素使得宪法能从西方产生，是什么因素让宪法在西方不像在中国变成一个束之高阁的口惠而实不至的空头支票，它实际上是非常有效的，没有办法不兑现于生活的。我觉得从发生学的角度来说，宪法是深深的根植于西方的文化、西方的历史、西方的社会之中的，它是西方的一个产物。在这样的一个产生宪法的过程之中，有几个因素起的作用很大。第一个因素，从古希腊那些先哲们以及雅典那些城邦，就民主政治，就不同政体的异同以及优劣所作的探索、尝试和实践，当时就提出的君主政体、贵族政体、民主政体这些不同的政体到底是怎样的一种治理模式，怎样建立一种既富绩效又符合公正的政府。我们看到亚里士多德等人他们在他们的著作中不断探索我们应该怎么建立一个良好的政治制度，他说人从本质来说是一种政治的动物，这样一个说法很有意思，像是把人说成是一种热心政治的小官僚，实际上不是这样的，他们在理解人本质上是一种政治的动物的时候他们看到了只要有一个有人群的时候

我们就需要有一种宪法体制，我们就需要有一种良好的政治模式来去管理我们的生活，来获得一种社会的秩序，在这样一个实践和理论百花齐放的世代里面，古希腊为我们奠定了一个很好的学理以及实践基础。接下来是古罗马。在古罗马时代，我们常常记得有一个说法是“帝王所欲者即为法律”，好像给人一种感觉是君主的权力是至高无上，是没有办法产生一种宪政体制，但是我们仔细分析无论是共和时代的罗马，还是帝国时代的罗马，那么古罗马人都在宪政方面给我们留下了丰厚的遗产。在我看来非常重要的一个遗产，偏偏是王磊教授刚才用稍微不屑的神态加以贬低的民法方面，我觉得王磊教授或多或少——允许我在这儿冒昧的跟我的这位同事进行一点商榷——忽略了私法与公法之间的互动。我们看到如果没有对于私有财产的一种严格保护，我们就不能去限制国家的权利；往往是在私有制确立越强有力的地方，国家的权力越受到限制。国王的马匹不可以在私人的土地上纵横驰骋的时候，这个时候国家的权力当然就受到了限制。我们看到古罗马对土地财产的保护，它的规定非常严格，所谓一个人对自己的土地所有权效力所至可以达到天上天心，地下地心。可是说土地所有人有领空权，西方人的土地财产所有权观念是有领空权的。我还记得早期有个判例非常有趣，有个人到法院去起诉他的邻居，说他邻居打猎的时候子弹飞越了他家土地的上空！所谓领空权并不是主权国家才有，而是公民私人都有的权利。这样一种对土地严格维护的观念是古罗马人奠定起来的，而且一直延续到后来，一直延续到今天，才有今天王磊教授刚才提到的“我的住宅就是我自由的堡垒”的准则。如果别人不经过许可闯入我的住宅，我可以开枪打死你，而不承担任何法律责任，这是什么观念？这是一种是对土地所有权严格保护的观念，同时也是一种宪政观念。所以在我看来，现在制定民法典非常重要，也许在一定程度上，也可以说民法典是公民权利保障的一个大文件。我觉得在宪法与民法两者之间不要人为的制造矛盾，因为两者是唇齿相依的，太需要团结，而不是对立。

在西方的这样一种宪政发展历史里，这样一种思想是源源不断地流动的。即使在最黑暗的中世纪，仍然产生了非常丰厚的宪政遗产，举一个简单的例子，托马斯阿奎那大家都知道这是一个神学大师，这是一个非常细致非常坚定维护宗教权威的一个伟大的哲学家，但是他是产生在黑暗时代，我们都把这样一个名字把黑暗的中世纪紧密的关联在一块，但是我们在托马斯阿奎那的著作里面仍然可以发现闪现着革命光芒的一些学说，比方说他严格的要求一个统治者他的统治权不可来路不正的，也就是上一代领导人说，你办事我放心，你就当了下一代领导人，这是不可以的，这个属于来路不正，来路不正就像伪造的货币一样，为什么我们要去惩罚伪造货币的人，而不去惩罚一个来路不正权力的拥有者？他认为，如果权力来路不正，缺乏一个合法性论证的话，人民有权利反抗这样的权力，人民有权利不受这样权力的统治。我们看到这样一种极富革命性的思想，而这样的思想它是用法律语言呈现出来的，这个就跟中国古典社会，我们山东老乡孟子讲这个，所谓的君贵民轻或者说后来演化成那个思想说水不载舟亦可覆舟很不一样。这样一种完全站在统治者旁边说求求你了，你可以听一下，你如果以老百姓太苦，老百姓可以反抗你喔，他这个观念完全是不一样的，那么我们看到儒家对于限制这种专制权利，确实是显得很无能为力，而西方在中世纪这样的一种思想我们看到的是一种更加坚定的宪政思想。

那么除了这样一种从古希腊、古罗马奠定了基础的这样一种东西以外，我们看到了还有三个因素在西方社会起到了非常重大的作用，我认为是它的宪政得以发生的重要的历史性条件。第一个因素就是一个独立的教会的存在。我们都知道，基督教并不是西方社会的本土宗教，它是发源于今天我们说的亚洲地区耶路撒冷那一带，小亚西亚半岛那一带，这样一种外来宗教的传播经过一断时间的相当艰苦的努力。当然大家知道基督教在罗马早期的时候也受尽迫害，因为它没有办法去说服统治者去相信这种宗教是一种非常伟大的宗教，统治者就要

迫害，不断的杀，多少早期的教父都被杀掉了，但是后来他们居然实现了这样的一种基督教对西方的征服，最终整个西方世界变成了基督教世界，同时罗马地区的主教成为整个基督教世界的教皇。教皇这样一个政府组织，他们不仅仅是一个精神，纯碎抽象的精神意义上的存在，而且他们是一个世俗意义上的存在，他们建立了从基层到最高层的一个宏大的政府式的体系，推动这个教会的事业。他们成为中世纪最大的地主，因为他们当时规定如果一个人是以遗嘱的方式来决定自己的土地的财产的继承，那么这个土地财富和其它财富的 10%就要捐献给教会，所以不断的捐献使得他们成为最大的土地财富所有主，他们可以在中世纪和国王抗衡，成为国王不得不恐惧的一种力量，国王之间打仗的时候，最后找教皇来进行斡旋，到现在这种传统仍然还存在。更重要的是由于基督教的存在，教会的存在使得西方人的生活被人为的切割成两个部分了，那就是说，一部分是精神的生活，一部分是世俗的生活，在世俗的世界里我要服从国王及其法律的统治，而在精神生活领域中间，我们没有办法，国王不可以染指我们的精神生活，圣经里面说，把恺撒的东西归恺撒，把上帝的东西归上帝，这说明一定要进行严格的区分，这种区分我觉得是西方历史上的一个大学问，怎么去区分，怎么把世俗和神圣这两个界线加以划分，一个总的趋势是精神的领域越来越来宽广，我们看到了，比方说，只要是宣誓订立的合同，都由教会法院来管辖，因为宣誓是向上帝宣誓，所以这就变成了对上帝的誓言。比方说婚姻，由于教会把婚姻界定为不仅是一男一女两个人为单纯的世俗目的的关系，像我们中国人讲的，“三十亩地一头牛，孩子老婆热炕头”，教会把婚姻解释为不仅仅象征着一男一女的结合，而且象征着基督和他的教会之间的关系，基督和教会的结合是永远不可分离的，所以在西方天主教会国家里面，直到今天他们仍然不倡导离婚自由。因为这好比基督和教会可以分离一样。我们看到这样的一种不断的解读，使得婚姻也变成了一种教会法院管辖的事务。另外，大学独立于世俗权力控制也跟宗教有关。在早期，西方国家的大学大多是由教会创办的，因为属于教会所办，处在教会的管辖之下，因此国王就不能染指大学事务，不能干预学者的研究。所以西方的大学争取自由的历史，争取独立的历史更多指向的是教会，而不是世俗权力。不像我们这里，我们今天的大学还受到政府的强有力的监督，管理，甚至干预。我们看到直到今天，大家看到西方国家领导人的时候有没有感到有点困惑，为什么西方的无论是德国的总统也好，美国的总统也好，法国的总理也好，没有人提出某种个人学说，让全国的人民跟着学习，这是到底为什么，为什么我们这儿总是谁是世俗的最高领导人，谁就是精神的最高领导人，大家都要学习他的思想？根本原因就在于，西方社会它的历史发展过程中有一个精神意义上的权威，这个权威跟世俗统治者是不同的，你国王就是国王而已，你不可以说你在道德方面也完美无缺，你要进行社会动员不能以纯粹精神权威的面貌出现，这是不可能的事情。这是我们看到的第一个因素，宗教权威的存在使得我们生活的世界被划分为两个部分，这可以说是最早期的两期分立，这个对于后来的西方的宪政的影响，可以说是久远而深刻的。

第二个因素，在我看来是一种不同的社会分层或者说是社会的阶级化导致了阶级之间的妥协和冲突，使得世俗的最高的权力没有办法去完全唯我独大，一人独尊，这是不可能出现的情况，我们过去理解阶级斗争学说，或许过于简单化，比方说我们中国从秦汉开始就是封建社会，在那样的社会力存在者贯穿始终的地主阶级和农民阶级之间的阶级斗争。这个说法本身也是大可怀疑的。事实上，至少在秦汉以后的两千年的传统社会里，欧洲意义上的阶级斗争是不存在的，因为中国并不存在西欧意义上的阶级。另外，所谓两大阶级之间斗争的说法也是将复杂的历史简单化的理论；西欧意义上的封建社会并不只是两大阶级的斗争，而是多个层次的斗争，我们都知道三等级会议，四等级会议，国王、贵族阶层、商人、僧侣、自由民、农奴等等，这些个不同的阶层形成了一个非常复杂的社会结构。同时由于阶级结构长期的封闭，相互之间的利益即互相咬合在一起同时又有清晰的界线的划分，互相冲突，互相

妥协导致的这样的一种格局，那就是不同阶级之间需要通过一种约定来形成一种大家可以相处的秩序，这是许多法律得以产生的基础，也是宪法产生的基础。

英国的《大宪章》正是这样一个例证。13 世纪初年，英格兰国王约翰好大喜功，不断地对外打仗，与罗马教廷的关系也闹得一塌糊涂。问题在于，他打仗却屡战屡败，闹得国库亏空，战争难以为继。约翰王只好再把贵族找来，请求大家给钱。各位知道，商讨的过程中，贵族们对国王说“不”了——那时候的贵族比现在的某某可厉害的多，现在你偷税把你抓起来就行了，那个时候贵族们联合起来了，他们坚持国王征税需要得到贵族们的同意，收上来的钱的花费也需要受到贵族代表的监督。后来成为包括美国革命的时候非常响亮的口号，那就是无代表不纳税。如果全国人民代表大会的代表不是我个人选出来的话，这个国家没有任何合法性和正当性向我征税，因为我们税收怎么花的没有人可告诉我，没有我的代表去监督这个税收的分配。为什么西方国家的众议院的非常重要的一个职能就是对于税收方面，对于财政加以审查，加以确定？我们需要在这样的历史时段里面，在英国这样的一种发展历史发展中间去寻找答案。我们看到了正是这样一种阶级斗争和阶级妥协使得宪法和宪政得以产生，同时使得宪法得以生命，英国的贵族们不是说约翰王你签字画押了，这个《大宪章》就一劳永逸了，不，后来至少有七次，英国的贵族不断要求后来的国王你必须画押，你还必须宣誓说“我还要遵守大宪章，我必须严格的遵守大宪章”。这是他统治合法性的非常重要的一个前提条件，这样的一种阶级斗争与阶级妥协的画面在中国的历史中我们是很难寻找到的。我曾经作过粗浅的涉猎和研究，考察科举考试是如何使得中国社会变成了一个阶级结构相当的不严格、不清晰，不同阶层之间具有一种流动性和开放性的社会的。这个问题当然很大，我不想展开来说，自己有一些文章也多少涉及到这些问题，也许大家可以批判性的参考。

我想第三个因素，就是使西方宪法得以产生的的基础性的要素，就是专业化的产生，社会分工带来的职业主义的产生。我们都知道，社会不同的分工，如果它能影响到国家的管理生活，社会的治理过程，那么这样一种分工就能够导致权力的相互制约。我们今天所说司法独立，法院必须要有独立的权力，是在怎样的一种意义上说的呢？我认为一个非常重要的基础性的前提条件就是法院的独立性必须建立在法院所运用的知识和它所使用的技术的独立性上。不仅仅是法院，也包括检察院，不仅仅是检察院，也包括在座的各位律师，大家之所以同于别人，大家之所以能够人家给你钱人家雇佣你，给你丰厚的报酬，原因在哪儿？原因在于我们握有一套独特的知识，这套东西是没有办法普及到全社会中间的。说实话我对普法这样的说法，很不以为然，法律不应该普及，普法最应该做的唯一的一件事情就是启动公民的权利意识，让老百姓有了事情愿意请律师打官司这是最好的普法，普法不是叫老百姓学会法律的技巧，学会了法律的技巧，他就不请律师了。我们律师挣谁的钱去？当然我这个说法有一点调侃，不过我真的认为法律知识是不可能普及的。我们只需稍微看一看那些专业化的文章，比方说，即使我是搞法律的人，我现在看民法典争论过程中的各种各样的不同的编纂思路，例如公司法的一些东西，我简直看的摸不着头脑，想插一句话都插不进去，因为它太专业化了，因为许多专业概念它都是可追溯到两千年前的古罗马，可以非常复杂的概念，每一个概念都有一部漫长的演进史。什么一人公司，什么隐名合伙，这些东西非常复杂，它是不可能普及的。我们知道这套知识是我们基础性的条件。假如我们的法院能够独立，能够像在座的宪法学界的朋友所希望的那样，法院染指到政治的领域中间，对于政治的冲突进行独立的审查，我们会看到法院的裁判也不是用政治的语言来说话，判决书是用法律的语言来说话，这正是独立的前提条件。我们都知道这样的一种法律专业化职业化的推动过程中,基本的目标就是说用这样的一种专业的权力来限制法律之外的非专业化的权力。没有哪个国家在国王的选任方面要考查他是否是律师出身,国王往往是,他爸爸是国王,他儿子就能够合法地

继承王位。但国王由于没有受过法律的训练,他行使权力不免有时候过分的任意,他是一种恣意的权力,一种不受限制的权力,这个时候如果有一个独立的司法对国王所代表的这样行政权进行限制进行制约的时候,我们终有一天会发现这个国家的国王也被变为官僚化的一部分,国王走向了官僚化,成为官僚机器中的一个齿轮,尽管他是一个镶嵌着宝石,镶嵌着钻石的齿轮,但是王权的运作必须严格地依照事先设定的程序进行。这就是职业化的兴起所具有的宪政意义。

我们看到了上面这四个方面的内容。古希腊的政治哲学，古希腊的民主实践和古罗马人的法律实践，我们看到了即使是中世纪的时候，这样的一种学说的绵延不断。我们看到一种宗教力量对世俗权利的制约，当然也包括世俗权利对宗教权利的制约。我们看到了阶级冲突和阶级妥协所导致的某个经典作家所说的宪法是阶级斗争的产物这样的一个结局，我们看到职业化和专业化力量的出现，使得他们的宪法充满了生机，充满了活力。这时我们反观我们国家的宪法，却完全是外来的，一个舶来品。1907 年我们才开始了宪法的制定的过程，后来，宪法没有生效呢，制定宪法的大清王朝就已经玩完了。接下来中华民国也制定宪法，接下来，中华人民共和国也不断的制定宪法，但在这样的一个历史的过程中，我们看到了宪法变成一种摆设，变成了一种没用的东西，这到底，我想根本的原因，在部分意义上在于我们的宪政这样的一种西方渊源，由于它产生在西方，由于它跟西方这样一种社会文化一种千丝万缕的联系，使得它变成难以移植的东西，移植过来就变味了。文革期间，我们山东这边也曾经移植过茶叶，我们家乡那边也种茶，但结果种出来的茶跟那个地瓜叶子一样的味道，那是没有办法吃喝的，我们看到了宪法移植到了中华民族，中国的这块土地上，也由“西湖龙井”变成了“地瓜叶子”。我们每每看到它不可操作，每每看到它没有办法进入司法化，我们看到事项稍微涉及敏感,比方说即使状告教育部这样的情况,我们的法院马上就拒之门外，避之为恐不及，如见洪水猛兽，那么怎么去开启我们的第一步呢？我们的讨论过程中间，更多的是希望通过平等权平等保护这样的问题,通过一些具体的案例来去启动我们整个社会的宪法意识、宪政意识，去启动整个国家的宪法，让宪法充满活力。在我看来平等保护是一个非常重要的方面，包括教育权，包括其它方面问题，例如雇用单位限制身高问题，这都是一些涉及平等保护的问题，但是还是有一些问题我们是否可以寻找某种契机加以启动，比方说宗教信仰自由，比方说结社自由，这些权利太重要了，需要我们去寻找可能的契机去逐步实现。

西方有一种诉讼模式就叫纳税人诉讼，纳税人诉讼当然在美国的法院里很少受理，因为美国那个制度下面，纳税人的那个钱最终是怎么花的，真正由他们代表来决定的，而且是一个非常公开的秩序。纳税人诉讼就是对我的钱怎么花的，我要去法院去起诉，让法院来审查议会的行为，那么，这样的一种诉讼模式能否提起，能否逐渐地使得纳税人交上的钱怎么花了有一个真正的说法？我认为从一个技术的层面来说,纳税人的权利如何更加跟这种实际制度的形式相结合，能够让我们知道我们的钱是怎么花出去的，这样的一种东西是可以通过宪法的，某种宪法诉讼来加以解决的，我们必须要走向这一步。

我想，无论是这两天的大家发言，还是近年来法律界的讨论，我们都可以明显地感受到法律人追寻宪政梦想的努力。从这样的一个宝贵的努力中间，我们可以看到一种非常乐观的未来。虽然我今天有些话说得比较激烈，但是说老实话，法律人不应该倡导过于激烈的变革，因为激烈的变革导致的结果是社会秩序的进一步的丧失，所以西方有一句古老的谚语叫：枪炮作响法无声。枪炮作响的时候，法律就没有办法生存。所以我们都不希望这个社会发生太过剧烈的变化，但是恰好是在这一点上，宪政，宪法的司法化，如通过这样一种渐进的模式，

通过这样一种静悄悄的革命，能够使我们这样一个老大帝国逐渐走出两千年来不断的通过社会动荡通过剧烈的动荡去实现社会变革的怪圈，而我们现在法律人所寻求的恰好是一个通过专业化的力量实现的渐进的社会变革，用一个我们不大喜欢的词来表达，就叫“和平演变”。谢谢大家！（众人鼓掌）

上传时间： 2003/8/18 文章来源： 本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

宪政的趋势——世界与中国

by 贺卫方

广东学术论坛“中国趋势”系列报告会

时间：2004 年 7 月 28 日

地方：广东省立中山图书馆

主讲嘉宾：贺卫方

主题：宪政的趋势：世界与中国

主办机构：广东省立中山图书馆，《中国改革》杂志，广州社会科学界联合会，＜南方都市报》

主持人：各位读者、各位朋友，上午好！今天我们很荣幸请到了贺卫方教授为我们演讲。贺卫方先生，我不想花太多的时间介绍了，他是大家很熟悉的一个专家。现在我们以热烈的掌声欢迎贺卫方教授演讲！

贺卫方：谢谢李馆长，尊敬的各位朋友，大家好！今天能够在广东学术论坛作一次学术报告，我感到非常的荣幸，也感到很惶恐。我知道出席这次论坛的学者，阵容非常庞大。主办单位也是经过精心筛选的，我能够成为这个阵容中的一员，我非常高兴。能够在这里做一次报告是需要有很大胆量的，我参加一次学术研讨会，也越来越变成一个学术理论的项目。本来上次应该过来演讲的，但是在漂流的时候，腿被严重伤着了。我自己也写了一篇文章叫《漂流危险记》。主要说的是一个事物在给我们带来好的方面的时候，往往同时也是给我们带来很大的伤害。

这次演讲主办单位有四家，除了我们广东省立中山图书馆这一家具有悠久历史的伟大的图书馆以外，还有中国改革杂志社、广州社会科学界联合会、《南方都市报》。我自己和南方报社有着非常紧密的联系，在 1998 年到 1999 年期间，我经常在《南方周末》上发表文章，

我亲眼目睹了广东报业的发达和繁荣。这使得北京的报业工作人员感到惭愧。我自己特别要向《南方都市报》表达一份敬意！因为这一份报纸在 2003 年期间，发挥了重大的作用。使得在广东发生的事情变成了跟全国都有关联的事物，使得广东发生的一些特殊的事情，成为推动中国制度改革的动力。我相信跟这份伟大的报纸有非常紧密的联系。请原谅我用“伟大”这样的词汇，因为我看到这些总编、编辑们、记者们为中国的事业所做的艰苦的努力，所做的百折不挠的努力。所以，请允许我在这对南方报业集团表达我自己的一份敬意。

广东省可以说是实实在在在中国的改革开放中，走在了前列。而且现在提出建设现代化事业不仅仅是小康，而广东省的更重要的是我们的民众、学术界。都是中国改革开放中的领军力量，这个力量体现在社会的各个方面，有人对去年在广东发生的某些事件感到不理解，说为什么广东会出现这么多事？为什么广东的警察会打人？为什么出现这么严重的事件？我的解释是，与其说广东出现了这种事件，不如说是广东的媒体把这些事件报道出来了。其他的地方可能发生的更多，但是当地的媒体是不能报道的。我们知道，现在有一个异步监督，就是只能到外面报道负面事件，不能报道本地的事件。这样的情况，极大的妨碍新闻监督的能量的发挥。而广东新闻界，尤其是去年的新闻界，为报道本地的一些事件做了很大的努力。我去年到上海去，发现那里的新闻跟广东不能比。我自己私人花钱买的两份报纸是《足球》和《南方周末》。

一个社会发展的变化，可以说是多方面构成的。地方经济的发达，正好反衬出我们的政治制度、法律制度方面的一些进步。昨天应当是李曙光教授给我们做演讲，他一直在和曹思源研究跟市场经济有关的法律制度。也叫“曹破产”，他是恨不得把中国的国有企业都搞破产的这样一个人物，我相信通过他的演讲可以看得出来，一个市场经济的社会绝对不仅仅是一种经济形态，市场经济要求有跟市场经济相配套的政治制度、宪法制度以及更宽泛的法律制度。

大家记得 100 多年前有一位中国留学生严复到英国去留学，本来不是研究社会科学的，但是这位小伙子对社会科学非常感兴趣，他养成了一个业余爱好，他喜欢到法院里面去听法庭庭审。你们也知道这是学语言的最好的途径。一个人能到法庭上去听辩论，可以说这个人的语言功夫基本上已经到家了。但是他在法庭上听了几天后，突然感觉到怅然若失，他说听了几天的审判以后，他突然有所顿悟，他发现英国富强的根源不在于他有舰船利炮，更重要的是他有良好的法律制度、政治制度，每一天都在伸张公理，法官每天把正义送到家门口，无论一个人地位多少弱小，无论被起诉的对象的势力多么高强，他都有信心在这个国家的法庭上获得正义，严复认为这是这个国家富强的根源。其实，我们国家也有早一批的学者，他们早早的发现我们学习西方不能仅仅学习舰船利炮，更重要的是要学习他的法律政治制度。要深入到制度背后的一些东西上，制度层面以及文化层面。我们老早就意识到宪法、宪政这样的一个重要意义，我们看到中国早期的时候也开始了自己的立宪运动，包括晚清的时候制定了一部所谓的宪法，我们发现所有的发达国家都有宪法，所以我们要制定我们的宪法，但是我们的宪法总是不能发挥他应有的作用。宪法中承诺给我们种种的权利，能够得到严格的保障。宪法所规定的国家权力，一种相互制约相互平衡的这种状况能够得以操作、实现。中国宪政这样这种状况，在中国却让人感觉失落，我们从来就是缺乏伟大宪法。我们的宪法条文制定得非常好，大家想想再过 200 年，200 年后的人拿着 200 年前的宪法，可以想想，现在的我们是多么快乐的生活着。200 多年后的人们知道我们生活在享有法制统治的国家里面，享有私人财产的法律保障，人权保护是这个国家的重要使命，我们享有人身自由不受侵犯的权利。200 年后的人们，在今天中国这样处在一个法度统治的里面，如果不进行一个历史科

学的研究，他们不会想象宪法中规定“人身保护是这个国家的重要使命，权利不受侵犯”，事实上落不到实际上去。如果有人说你跟我走一趟，你就不得不走一趟，在人身自由被剥夺的时候，你就失去了自由。任何法律意义上的手续。使得学者在思索，为什么在社会主义国家里面实现宪政这么难？为什么制定出来的法律，可以说是“城头变幻王旗，城墙不断刷标语”？我们宪法规定得非常美好，经常制定一些新的宪法，不断的修改宪法，但是宪法中承诺的种种，为什么不能落到实处去？我们看到西方的一些研究这样一个问题，美国有一个著名的研究中国问题的专家，他曾经对中国宪政梦的破灭做了自己的解释，他认为在这个国家里面，在官场弥漫的文化是反宪政的行为。自己安排自己的亲戚、同学——比方科技考试的时候，同一届的人，这是他们一个特殊的群体。但是我们现在的民主政治并不排除一种政党的政治，不排斥在正面层次去运行，另外一个原因是在于我们经常形成一种互为水火的局面。也就是说，在这个层面上的人，都相信，也就是号称自己不仅仅是大权在握，真正的领导人往往是政令的宣布者，其他的人只是学习这种真理、服从这种真理。这样一种把行政意义上的最高全力和道德意义上的最高权利、知识意义上的最高权利合二为一，宣布全部的真理都在自己这一边，相应的参政党，只有听政、服从的份。或者说你想执政的话，就只有通过革命来取得。像过去国民党一样，说所有的权利在蒋委员长那儿，所以我们共产党非常不服气，我们共产党庄严的承诺，将来执政以后，要实现民主、军队国家化。中国共产党遭遇的是没有妥协精神的国民党，双方都想把对方至死地而后快，最后的结果是两家要通过内战来解决问题。

1949 年中华人民共和国成立了，我们建立了社会主义体制的国家。这样的一种统治，在经过半个多世纪以后，我们面对世界的状况，都发生了新的变化。在 1950 年，每个中国人都欢腾雀跃，中国人都沉浸在一个喜悦的气氛中，有一种非常宽松的精神，让老百姓能够不再像秦朝一样在暴政中生存，所以大家想快步进入共产主义。中国人民终于站起来了，这种气氛，黄永玉先生在 50 年代回国的时候就是感受到了。他回来的时候，在天安门广场看到一个解放军警察，就远远的跑去向他握手，说警察同志您辛苦了，我终于回到祖国了。想着是终于找到了一条康庄大道。但是，不断开展的运动使我们知道，认识宪政的条件是必要的，法律仍然是必要的，对政府权利的限制仍然是必要的。中国的趋势跟世界的趋势是密切关联的，我们放眼可以发现，设置到宪政问题，有一些趋势在不断地被我们强烈的感受到。这些趋势是什么呢？简短地罗列了几条：第一：是西方的宪政，或者说法制本身的一种正当性、合法性不断的得到强化。这样的一种趋势是非常明显的，可以感受到的。我们可以说宪政或者说法制是发生在西方的，或者说历史的偶然发生西方国家。英国是立政国家，一个人口不多的民族，可以通过法律的权利，使人民能够参与到政治的生活当中。英国最早成立了议会，在 1215 年英国的贵族集体起闹事，又逼迫国王，英国贵族并不是搞内战，而是他知道妥协，签署一个文件，税收的时候不经过人民的允许不能够收税，这个议会人民是人民的代表——一个口号在英国逐渐的被酝酿，就是无代表不纳税。这个国家必须要严格的按照人民的委托来行使权利，而不能超越这个范围，逐渐形成了英国的宪政体制，在英国中没有一个成文的宪政，但是不妨碍我们称他一个宪政国家。而在前苏联，他们有一个非常好的宪法。但是我们不能够称它为一个宪政的体制。宪政模式在其他的国家推行的时候，面临相当大的阻力。以中国为例，如何去限制政府、皇帝的权利？历来是非常困难的事情，因为皇帝具有一种天然的正当性，他是天子，违反的他的意志就是违反天的意志。我们种种历史的一种资源，在这个国家里面，皇帝的权利的限制始终没有一个制度化的规定，于是，皇帝就变成了一种不受控制的权利，其实他有受到某种限制，像《周礼》、祖宗承继的限制，如果能够有一种独立的力量加以解释的话，就是缺乏一种特殊的限制。我们无法想象这个国家的皇帝到底怎么受到一种严重的限制，更不用受到英国的立宪君主制。我们在学习西方的时候，有没

有一个探索？像法国这样的国家是共和制，有一个头，叫总统，过几年可以换一个，我们发现美国的国力虽然不是特别的强盛，但是美国非常有活力。我们就想学习美国的总统制，我们发现他 4 年更换一次的时候，我们也知道美国这种制度是我们学不了的。后来我们想学习英国，因为英国有君主。考察西洋，发现英国当时是世界最富强的国家，我们受尽了英国的气，就在广东这个地方也是。说世界上哪有如许国家？今天一个瑞典，明天一个意大利，又来了一个葡萄牙。就说英吉利，我们只见过英国人，从来没有什么“吉”国、“利”国人来。这说明当时中国人对西方人的了解非常少。但是枪炮方面的教训，使得我们没有办法对待这种新型的国家，它的确是一个全新的文明，要我们去了解他，后来发现英国这个国家是非常有意思的，他们有君主，他们是一个富强的国家，但是我们最终发现，英国是最不可学的国家，100 年前的时候，我们面临的最紧迫的任务是模仿西方的制度来修订我们的政治法律制度，就是所谓的变法。使我们的制度跟西方接轨，基本上是前几年加入 WTO 时做的事情。但是 100 年前，我们又有一个轮回。我们要按照西方的标准修改我们的制度，比较容易的办法是把西方的法律翻译过来变成我们自己的法律，这种是最好的借鉴方式。像日本、土耳其等都是都用这种方法。土耳其就是把瑞士《民法典》翻译过来，为了使得民法学术能够跟进，他们还把瑞士法院对民法的解释不断的跟进，使得土耳其的法律能够学习到最新的发展状况。日本当年学习西方也是这样的，当时的江藤一鸣，拿了一本法国的法典，找了一位学者来翻译，这个学者是研究荷兰的学者，对法语根本不在行，他说他只能查字典翻几个词，但这个大臣说没有关系，我们只要翻译过来，错一点不要紧，只要加上日本几个字就可以成为我们自己的《民法典》。这说明了一些国家学习西方的紧迫性，学习过程中已经是不得已而为之，很重要的原因是因为英国的法律制度不好学。而英国的法律制度很简单，“英国的法律在哪儿”？原来那是一些判例，所有法院、上诉法院和最高法院做判例案件的时候，要研究历史上的判例。而我们是地方自治，我们的地方一自治军阀马上割据，演变成地方的壁垒，其实对中国的老百姓来说，最好的，绝对是统一，而不是地方分权。因为地方一分权，就出现了地方的一个个小皇帝。我们要建立地方自治，到今天还有一些困难，所以孙中山先生说我们中国人的自由不是太少了，而是太多！多到我们像是一盘散沙的程度。可以说我们今天的制度中间许多的弊端或许跟中山学说（尤其是晚年的学说）有密切的关联。政党和国家之间的地位，领袖的地位和老百姓整体的一个看法，到今天依然可以看到中山先生某些思想痕迹的问题，我们说地方自治是英国的政治制度非常重要的传统，但是我们不可学。

接下来我们看到的是立宪君主制，我们当初看到了“君主”这样一个现实，我们没有看到他的君主是要受到限制的，君主只是虚位、礼仪、民族的象征，当时我们的国家也能把我们的皇帝变成民族的象征，当然，当时可能有人的想法是，如果在清朝的时候是一个汉族人的政权，可能情况会好得多，但是当时是满族人的政权，但是对满人不满的书到处流传，使得汉人和满人之间的矛盾越来越激化，所以，就说如果当时的政权是汉族人的政权，皇帝会和老百姓有很好的交流，但是我对这种看法是不敢苟同的。英国这种体制是不学的，我们学不了。最后我们转到了德国，大臣看到可以学的体制，我们希望富国强盛，像帝国主义后起的国家，能够在世界上占有非常重要的分量。这是我们当时的非常重要的一个的目标，所以中国的体制越来越朝向德国、以及学习德国而发展起来的日本，无论是政治体制还是法律体制，德国在中国的一个进化的过程中发生了重要的影响。我们回到今天这样的时代，有许多问题，西方的政治体制的合法性，可以说得到了越来越多强化，但是与此同时，我们要看到这个趋势的另外一面，也许跟民族主义有密切的关系，随着西方制度在全球的传播，导致并不完全是全世界的人民都心悦诚服都愿意去接受这样一套制度。或者说这套制度在许多国家引进的过程中，由于它没有办法发挥在原始国家的基本作用，所以导致人们信心的丧失，由这样的制度引进的人，也开始逐渐不再相信我们应该走这样一套道路，在中国我们经常说康

有为、梁启超、包括严复，这些人到晚年都开始转向保守，转向对儒教文学的倡导。开始发现西方的制度在改变我们的制度的同时，也被我们的制度所改变了。异地的东西到了中国，将成为中国文化的一部分，外来的东西不经过本土化的改造，就没有办法在中国立足，而被改造了的东西已经变得面目全非。

大家知道莎士比亚的戏剧在中国的传播，传到中国就在这被改造的过程，在中国被简单化了。我们的戏剧观是非常独特的，好人和坏人界限分明。我们在文革期间的样板戏，好人坏人是非常明显的两部分。我小时候看电影，总喜欢问问大人哪个是好人，哪个是坏人。戏剧的城市化模式化都是“公子落难、小姐后花园相会，最后总是大团圆的结局。”这是现实生活中的悲剧太多，我们不能够忍受戏剧演成悲剧，所以中国的戏剧结尾常常是大团圆。那么莎士比亚的戏剧到中国来也发生了这样的变化，非常复杂的道德关联和历史的一个关系，这个也被我们所理解。我们的导演在挑选演员的时候总是按中国的标准来选。前几年大家听说莎士比亚的一个戏剧被改编成一部黄梅戏，外面说是一塌糊涂。在一个莎士比亚的戏剧中，一个人变成了一头驴，有人说，天哪你被翻译了！我们学西方的制度也是如此。比方说我们今天的人民代表大会，这也是学习西方的。比方说议会上的辩论，天经地义，英国的议会是最典型的按照辩论的形式设计出来的，执政党和反对党分庭抗论。当然辩论有规则，每个人辩论的时候脸要对着议长，有助于相互的对立相互的辩论。而中国的人民代表大会基本上是不辩论的，当然人数太多了，3000 多人没法辩论。当然我们一点讨论也没有，也不好，然后就分组讨论，这样就知道这个国家里面实际上行政权的严格控制，说我们议会的代表分类出现了问题。西方国家的议会代表最首要的分类是按党派分类，我们看他们访问一个国会议员，他牌子后面有一个（D），就知道是民主党。说到党派的设计，但是我们这儿按照党派设计的话，基本上是没有意义的，因为基本上都是共产党；不是共产党的，往往说得比共产党还共产党。按照什么分类，研究议会的制度的一个重大问题是进行分类，除了解放军代表团是一个按照职业进行分类的代表团以外，其他都是按照行政区划来分类的。广东代表团在广东大厦分组讨论，很有秩序，代表们踊跃发言，李鹏委员长边听取发言，边做记录，还一边插话，讨论非常的热烈。这都是提前安排好了，没有被安排的人都不能随便乱说话，听取了大家的发言以后，最后李鹏委员长作了重要指示。按照行政区划使得行政权利更容易对立法权利进行控制和干预，包括的制度。大家看宪法，我们国家的人民代表大会的权利是至高无上的，但是实际操作过程中间怎么去至高无上，所有的省委书记、省长们都是协调指挥工作的工具。如何进行对省政府的规律进行严厉的监督呢？简直是没有办法实现的。有些人也在倡导要辩论，但是这种倡导往往以失败而告终，所以完全改变。这种西方制度到中国的变形使得推行人感到失望、失落乃至于绝望。绝望以后，认为我们需要寻找自己的途径，其他国家也有这种情况，比方说亚洲价值观，亚洲的独特性在被倡导，比如说新加坡的李光耀，在探讨这样一种东西，逐渐开始在政府法律中间试图发展自己的一套话语跟西方相抗衡。当然这样的东西还在进行。经过了 100 年的发展我们的宪政还没有成熟，我们当然乐于看到一种来自本土，并在本土的文化中发育起来的宪政文化理论得以成功。蒋庆教授是儒学在当代中国的一个代表人物，去年在北京 3 月出编了一本《政治儒学》，研究的问题讲如何以儒学的政治理论来回应当代中国法制民族宪政建设的政治的需求的儒家学说。许多当代的代表人物，大致上都非常强烈的主张，我们传统的儒学由于过分的强调心性，心性儒学这种东西没有办法使得人性之外的政治制度能够实现一种博学和美好，所以很难开出外王花。对现在的说法，始终停在一种理论上，这样就充满了一种家国之忧。“先天下之忧而忧、后天下之乐而乐，为天地立心，为生民立命，为往圣继绝学，为万世开太平”，中国的政治跟士大夫表达的伟大价值，可以说形成了残酷的反差。士大夫的口号越漂亮，现实的政治就越腐烂越腐败。有些人是伪善的，满口的仁义道德，却一肚子的某某某某，许多代表们认为我们在新兴

的儒家学说中，我们希望学习西方的民族自由，必须寻求西方政治法律学说、民主自由、个人的独立、司法的独立，这种价值跟中国新兴儒学是一种衔接。这种衔接如果成功了，中华民族就走出历史的三峡，按照唐德刚先生的说法，整个波涛汹涌就没有了，中国就走上了康庄大道。如果走不出来，那问题就很糟糕，政治军事经常走火入魔。我们就没有办法对这个国家建立一个良好的秩序和人民的安全得到保障，蒋庆教授认为我们应当遵循，儒家学说自有他自己的政治法律层面的追求，所以他要让儒学政治法律相关学说加以开发，我们过去所谓的“一条腿长一条腿短”，实际是儒学关于政治学说方面的理论没有被发扬光大的结果。西方的政治制度中间认为中国有重大的缺陷，比如一味的讲求民主，人人平等这样一种法律学说，使得选与不选的人都享有同等的权利。他认为是不公正的，让某个小人投一票也算一票，这算什么国家，所以他非常强调民族的历史文化的一种秩序，认为需要历史文化的衔接。蒋庆教授曾经说对我说，卫方，你要通过你的奔走使得中国的最高法院的门口将来能够树起孔子的塑像。他认为孔子是人类历史上最伟大的法官。他说海牙国际法院都树有孔子的塑像。孔子曾经是鲁国的法官，当他当得不开心，他看到的都是人性非常糟糕的一面，所以他要以人性为改造，致力于道德的完善，这是孔子最重要的口号。蒋庆认为，在法律的层面上我们要想方设法实现孔子的伟大的思想。他认为我们要改变“一人一票的体制”，使得贤者和小人加以区别，这套构想后来在政治儒学里没有发表出来，他说我们将来要建立三院体制，这是属于程序和历史的一套法制，在院里面的成员，这些人是历史文化的代表者，院长可以由孔子的第七十三代或者是七十四代继承人来做，成员中间基本上都是历朝皇帝的后代。姓刘的朋友可以去查查，如果你是刘邦的后人，那么你就是这个院里面的成员；还有所谓的要显示一种人民意识，就叫人民院；然后还有显示天道的，由儒士们组成的机构，这个机构也形成国家权利的一部分，比如说茅于轼先生可以当院长。其实我们大家都觉得这个很可笑。

我们都知道西方的民主有上议院和下议院，所以说像英国有贵族院和贫民院，当时的意义就是构筑一种历史文化，我们不能够简单化的理解和沿袭西方的民主，但这种研究是有意思的、有价值的，当蒋庆的观点在网上发表的时候，大家认为什么搞考古的新发现，什么时候出现的这样一个人物，在中国影响太大了。我们发现在今天这样一个时代要建立一个儒家性学说是不容易的。当年陈独秀他们，跟共产主义是对立的，但是在峰回路转，曲径通幽，我们发现现在越来越多的人考虑到我们国家本土学说的价值，如何建立一种新兴的，不同于西方的民主和宪政的体制，我们看到这种东西正在兴起，今后怎么发展，取决这样一套学说能够在我们这个地球上，能否构成一个在保证人们生活的部分，比西方更先进的体系。如果能够建立起这样一种前景，对我们也是有很大的说服力的，但是我个人对这样一个前景并不乐观，我自己觉得也许受到的西方民主的影响和限制太多，使我们失去了一种想象力，我们很难想象如何去建立不同于西方的这样一个体系，去改变这样一个现状，我希望得到在座各位高人的指教。

在今天这样的放眼全球的时候，我们看到跟宪政向关联的一种趋势，由社会主义阵营跟资本主义阵营的两种阵营的对立不存在了，所带来了一种新型的发展。1998、1990 年的时候本来还是让您感觉到社会主义很大的一块，一下子社会主义只剩下寥寥数国，外蒙古也给搞成资本主义了，只剩下中国、朝鲜、越南、古巴。当然朝鲜人民也不承认我们是社会主义，说我们已经修正主义了。我们往东北方向走了几千公里以后没有社会主义，换一个主义就是文革，那时是真是的社会主义，而现在我们把市场经济变为了政党新的说法。我们建立社会主义的市场经济，市场经济变成了一个非常具有正当性的说法，小平同志 1992 年南巡，在广东这儿画了一个圈儿，使得我们把社会主义和市场经济两个联在一起，硬是把水火不容的两个东西连在一起，叫社会主义的市场经济。中国共产党人的特色不是特别的教条主义，非

常适用，个别的时候还有一点机会主义，有的可以做不可以说，有的时候能说不能做，这也是一种大智慧，但是不可避免的要付出一些代价，摸着石头过河，过去就过去了，没有过去就掉在水里的可能性也并非不存在。但是我们说社会主义体制在过去的一个世纪的实验，我们现在来说是社会主义，这样的社会主义给我们留下了许多宝贵的教训，我们说的是传统的社会主义，给人民带来了巨大的灾难，比如说斯大林主义、文化大革命，这样的灾难对我们提高和对社会主义的认识。胡风当年在 1949 年建国以后，写了一首诗，《时间的开始》写得多么的美好啊！时间是 1949 年 10 月 1 日开始的，这不免让我们想起秦始皇。但是秦始皇的许多做法都有着时间的记忆。有几个标记，以前都不在了今后才是光明的，许多的做法今后是正确的，比方说它的阿房宫，它的焚书坑儒，是为了消灭记忆。书都烧了，把知识分子给坑了。使许多人的记忆发生的争斗，过去的事情就算了，为什么要修长城，我们常常说是一个军事标志，是为了抵御入侵，是为了抵御自己的敌人，为了保护自己房子的安全，但是，一个庞大的皇帝试图把自己的疆土给圈起来，

这简直是匪夷所思的,为了他不喜欢的人去做一个无法在时间上完成的事情。秦始皇为什么痛恨时间？是因为他过去的历史不正，他的生父在历史上有争议，他都要掩埋了，他小的时候听到不断的议论说他是婊子养的。胡风说历史开始了，我们不免想一下，真的是历史是从 1949 年开始的。历史上的情况惊人的相似，我们从 1950 年就开始洗脑子，知识分子不断的思想改造、割尾巴，都是为了过去的历史被加以中断，中国人特别喜欢说自从什么时候以来，1840 年，或者说十月革命一声炮响，给我们送来的马克思主义，中华人民共和国成立以来，卢沟桥一声炮响，我们老是讲“炮”,文化大革命以来，什么好处都是从文化大革命以来，小平同志经常说改革开放以来，十一届三中全会以来等等。前几年我们经常会说 13 年以来，这其实意味着过去的这种姓社姓资的宗旨以后终结了，这是中国文化非常大的特色。我们不能不承认，经过 100 年沉痛的历史教训，我们要承认，历史的阶段也许不能超越，我们必须要补课，我们要知道人类的认识，最灾难性的时刻，往往来自于把人世间变成人间天堂的那种努力。现在多少人还在说我我们要大步奔向共产主义，我们要建立一个没有国家的、没有法律的，没有警察的、没有军队的制度。我们现在要搞财产私有制、现在宪法说要保护私有财产，这是我国历史上第一个保护私人财产的法，。你们知道共产党，共产党，就是要把财产给共了的党！（掌声）我们都知道合理化的对话是一辈子影响的见证，因为传统的社会主义有一套自己的政治哲学，有一套假定，就是说在社会主义国度里面，其实宪法是没有必要的，最重要的是我们能够发现一个先进的阶级是无产阶级，先进的政党是共产党，共产党也不是特殊材料制成的人。共产党员也不是都是这么优秀啊！最优秀的人组成了政治局，还有一个是中央委员，这是个人中之龙，优中选优，他们之所以优秀，他们掌握了真理，他们发现了社会的真理，他们能够发现社会发展的规律，给我们指出了一条无比美好的前进方向，有了他们，我们所有都的事情都可以得到了保障，他们代表了最先进的文化，他们代表了先进生产力的发展方向，他们代表了最广泛人民的利益。有了这样一个政党，有了这样的组织，有了这样的政党来领导我们的国家，我们何需分权、建立一个分权体制、权利制衡？宪政？**1954 年修改的宪法，毛主席说，行了宪法有了，我到北大当一个教授去得了。我们终于找到了一个伟大的救星，“东方红、太阳升，中国出了一个**”，那是太阳，那是太阳神。在那个年代建立一个**的法律是不可想象的，不可实现的,所以在 50 年代不是一个法制国家，只能是一个人治国家。所有的希望都寄托到了伟大的党、伟大的领袖身上。林彪讲**是伟大的领袖，伟大的导师，伟大的舵手，毛主席万岁万岁万万岁！这样的东西太多了，毛主席说要那么多伟大干什么，我只想要做一个伟大的导师，毛主席跟我一样想做博士生导师。大家知道这种观念是政教合二为一的观点，不仅仅要行使最高权利，而要在精神上享有最高权利。所以说社会主义体制的必然结果，为什么在社会主义国家出现很严重的个人迷信，所

谓现实的迷信是对存在的人都追捧，是因为我们的信仰，我们相信这样美好的制度是可以带我们到美好的未来，相当于基督教和天主，是一种共产主义的追捧，所以宪政不可能在这样一个国家里面发生。我们是反宪政的体制，但是我们今天不再相信有这样一种可能，有这样一个唯一的真理的发现者和发布者。我们每个人是独立的，我们知道国家、政党的权利，如果不受法律的限制，一样会给人民带来惨痛的灾难，这是我们多年的惨痛经历所得来的无比宝贵的教训。所以今天我们需要宪政。去年在这个地方发生的孙志刚事件，导致了很大的影响，最后的结果是仅仅收容遣送被废除。我们都知道，这还不满足，我们希望建立一个违宪审查的机制—政府，包括最高层次的政府，有时间有违反了人民的权利。违反了我们的宪法，和保障了我们公民的权利，所以我们希望建立一个审查机制，尽管当时的目标没有实现，但是我们看得到现在全国人大常委会也在思考这个问题，是否能够建立一个相对独立的宪政审查结构，审查违宪法规的机构，前几天传出一个信息，这个机构建立了，全国人大下来的，全国人大常委会下面的法规为下面法规为建立的法规立案室，这样的法规太多了，我们希望以后有更好的发展，但是我们说推动力是发展的一小步。社会主义与资本主义的争执不存在了，一定会在将来给我们未来的制度带来一个很大的发展。比方说我们心中越来越，我们现在不仅仅信服的相信在坚船利炮或者科学技术方面学习西方，我们还要在制度方面学习西方，这就是为什么这些年来中国共产党的许多官员到西方去留学，这就意味着上一轮我们的学习以失败告终，现在我们要进一步学习，我们要建立一个更加合理的，更加公正的政治法律体系，我们相信对今后的宪政发展将会产生深远的影响。

第三个趋势是：超国家的组织正在形成。18 世纪所形成的国家在发生着潜在的、不可觉察变化，按照传统的国家，我们都知道按照国家的定义，按照国家的传统定义，国家是人民,国家至高无上的统治者，近代以来民主的发展，使得我们强调对政府能力的制约，但是我并不是说我们承认国家在外围的主权之内否定国家的至高无上。所以国家可以制定法律，所以国家可以规定国会和人民，可以从事外交活甚至发动战争，政府是至高无上，

我们现在可以反过来说是，现在的模式是国家集政，国家变成了之至高无上。但是，我们看到最近这些年，情况正在发生着非常明显的变化，比方说欧洲国家成立欧盟，

我们关注的欧盟，它完全是一个超国家的组织，而且它可以对国家进行直接的干预，有直接的约束力。欧盟的各个成员国中单个的公民可以对他的政府提起诉讼。要求欧盟法院进行审理，它所做的判决可以直接达到每个具体的个人，各个成员国的政府必须要遵循法院的判决、执行法院的判决。加入欧盟有一个前提条件，就是所有加入的国家都必须废除死刑。这种国家之上的组织也有了立法机构、行政机构、司法机构，这是过去闻所未闻的。而今天欧盟的力量越来越强大。过去有联合国，由于文化范围的超大跨度，在运作上它形成不了政府的模式。而今天我们从欧盟看到了政府的模式。这不是偶然的，在欧洲的各个国家也曾经有服从于超越国家之上的机构约束的历史经历，罗马教庭、基督教、天主教对于各个国家的冲突，逐渐形成了在宗教意义说超越政府之上的权威，这是欧洲能接受这种超越国家的组织的历史性基础。

今天我们仍然倡导“主权高于人权”，我们虽然参与了许多国际条约，国际声明，但我们没有把这些条约、声明直接转化为国有的法令。我们加入了国际人权两公约，政府签字了，但是人大不审批，这让我感到奇怪，老是审查，这简直是拖派！我们承诺的事情为什么不赶快去履行呢？如果加入了，人大批准了，我们国内会有一个法律制度上非常大的变化。今天，中华人民共和国也经常超越国土的界限去对另外一个国家的事务发表评论。比如南非在废除

种族隔离政策之前，我们经常抨击南非的种族政策。我们还是喜欢“一个国家的内政是至高无上的”学说，倡导“主权高于人权”，坚决反对西方国家借人权口号干预我们的内政，但是另一方面，我们要参与联合国的相关活动，这也是一种矛盾。从发展趋势看，一些学说可能会被我们逐步接受。这个道理很简单，历来是政府统治我们，我们服从于政府是为了让我们生活得更好。这就是我们说“主权高于人权”的原因。政府存在的前提，就是人权得以完善的保障，如果不能得到完善的保障，我们宁愿改变我们的政府。如去年政府废除收容遣送制度就是一个很好的决定，这是政府通过人民的意愿做出的。当然这还远远不够，我们希望政府能够再接再厉，能够做得更好！

司法权力在全世界、在过去的半个世纪内不断的膨胀、扩张。国家的权力通常可以分为三种：行政权力、立法权力、司法权力。我们需要一种机构去制定规则、执行规则，同时还需要一个机构裁判纠纷。许多国家比如美国，在立国之初的时候，三种权力之间是不平衡的，立法权力非常强大，行政和司法处于弱势。最高法院成立之初，国会在地下室审理案件，因为它没有自己的办公场所，司法权力很弱，只是后来才开始变化。上个世纪的 50 年代以前，美国的行政权力占主导地位；50 年代以后，人们发现一个惊人的趋势：钟摆正在朝向司法的权力上摆，司法的权力在不断扩张。随着美国国力的强盛，美国的文化在全国范围内影响力的扩大，这种司法权力的膨胀成为许多国家借鉴的对象。比如，伊朗通过司法的方式解决了政治的冲突。司法行使权力是两派通过法庭相互辩论，最后找一个中立的第三者做出裁判。在美国这样一个国家，早在 170 年前，美国的所有的政治问题都会转化成法律问题，最后由法院来解决，法院已经具有相当大的权力了。别国都是通过战争来解决问题，但是美国每每通过司法的方式来解决。大家还记得美国的一个总统——塔夫托先生，当总统时，他觉得这不是自己人生价值的最高实现，而认为当了联邦最高法院的大法官才是！最后他当上了！一般最优秀的美国人认为最好不要当总统，二、三流的人才会选择当总统，因为总统要讨好群众，不管谁的孩子，抱着就亲，也不管是不是自己生的，这能表示亲民（也就是讨老百姓的喜欢）！最优秀的人不屑于做这样的事情。美国总统的任期基本上是 4 年，4 年一结束，就开始讨好人民去了，如连任不上，4 年就结束了；如能连任，8 年以后又成老百姓了，可以回家了。像卡特卸任之后去开农场，克林顿则是做演讲。最好的职业是干一辈子。这才能显示自己一生都在发挥作用。法官是终身的，而总统行使权利比较“薄”（不知道这样形容是否恰当），他不是一个学术化的权力，他的权力就是简单化的命令、服从的模式，而法官的权力在行使过程中要进行非常复杂的说理，要调动所有的知识、智慧，这种论证过程是非常有魅力的。有一个美国大法官说过，当联邦最高法院的大法官唯一能够让人忍受的一点就是你可以发表与自己的同事不同的观点。联邦最高法院里有 9 个人做判决，大家都进行论证，论证的目的就是要有不同的意见，进行了非常复杂的论证后，他们推荐一个人做判决书，同时把判决发布给人民。有一位伟大的法官赫姆斯塔那，62 岁时被任命为联邦最高法院的大法官，一直干到 91 岁。他被认为是美国联邦法院史上最伟大的一位法官。他一辈子就擅长于写不同的意见，是一个天然的反对者形象。美国社会倡导差异性，比如一帮社区的居民在讨论关于修路的事情，讨论到最后大家都同意，只有他一个人不同意。大家问他为什么，他说“我也没有什么理由，就是不喜欢大家都同意”。把赫姆斯塔那法官的意见搜集、出版后，你会觉得当时他所持的相反观点属于少数派，但是后来却显示出它具有历史先知的预见性。法律 10 年以后发生了变化，10 年没有法律效力的判决，10 年以后却能够生效。法官是一种非常具有挑战性的职业，天天需要思考。做一个大法官多么美好！赫老 91 岁时胡子、头发、眉毛全是白的，穿着一身法袍，发挥着自己的知识、思想、智慧的全国性的影响力。这种职业非常具有吸引力，它吸引了最优秀的人才！直到今天，这仍然是事实：当总统的人是笨蛋，当法官的人才是这个国家最聪明的人。司法权逐渐获得了对政府权力的审查权，行政政府乃

至于议会、立法机构，他们的行为都必须受到司法的审查。有一本介绍美国联邦最高法院的书，他们从来不追求法官的年轻化，平均年龄是 60 岁，7 个老男人和 2 个老女人（女权主义观念兴起了）。最高法院不仅仅具有司法的角色，而且具有非常大的政治功能。法院做出裁判，你必须执行这个判决，比如戈尔竞选总统失败了，“我非常愤怒，但我必须执行！”幸好 4 年以后还可以再次竞选。法国的总统任期是 7 年，如连任就是 14 年。一个国家领导人 14 年都不换面孔不是不好，而是大家看得太多了，天天就那么几个脑袋，他会烦啦！所以戈尔可以忍受，4 年以后才 50 多岁，还是身强力壮的一条好汉。如果总统一竞选成功就说“我不下了！”，那就隐含着相当大的危机。当年林彪要谋害毛主席，许多人想不明白，林副主席为什么要谋害毛主席，他不是法定接班人吗？人是越老越精神，年轻的还熬不过年老的。美国用一种司法的方式解决了政治的冲突，这是非常好的，就不需要打仗了。由于司法权的膨胀，司法权能够管理各式各样的事情的历史经验也受到了全球化的关注。

二战以后，世界各国都运用司法权力来进行裁判，确实是全球化的美国化，如全球知名的麦当劳、肯德基，好莱坞。我不大喜欢法庭的电视直播（记者摄影），当一个镜头对着你的时候，你就不由自主的紧张，法官不应该受到这样一种镜头的威胁。我还好，可以比较从容地面对这种紧张。司法的权力在全球范围内扩张，举个例子，我们曾经到德国一个法院去考察、学习，德国的政法法院和其他法院一样，坐落在德国一个很小的城市，它和美国、英国有着同样的体制，把所有的鸡蛋装在一个篮子里。在德国，金融的首都是法兰克福，过去政治的首都在波恩，波恩是另外一个 10 万人的、很偏远的城市，现在在柏林，柏林是一个大城市，它大不过广州，更大不过北京。文化人的首都在海德堡，远离首都，是一个在河边的城市。海德堡大学是德国最古老的大学坐落在，很多大师，比如说黑格尔、康德、歌德等等，都在那里教过书。河边有一个小路，叫哲学家小道，可以上山看两岸的景色，在这个小路上散步都不是等闲角色。大家不一定要到首都去读书。我特别希望在广西的北海有一个中国最好的大学。学法律人的首都在法兰克福，因为联邦最高法院就是法兰克福，联邦法院就是学习美国制度的结果。对国家宪法的推崇，需要在政府政治层面上、议会政治层面之外有一个解决纠纷的制度，德国联邦最高法院就承担了这个使命，过去几十年间德国的宪法法院建立了案例法和学说，比如解决政治冲突的学说，都是通过宪法法院做的裁判来加以解释的。我希望中国大陆也能够有一个宪法法院，能够裁判一些纠纷，比如说不同地方的纠纷，不同政党的纠纷，甚至可以在涉及到宪法权利受到损害的时候，可以通过一个机构以诉讼的方式来解决问题。

司法权利的膨胀扩张的另外一个表现是行政权利或立法权利，在行政权利的过程中经常采用司法的模式解决问题。比方说听证会这样一种模式。广东这边政治体制改革走上前面，其中有一个让人欣慰的地方，就是人大方面经常进行听证。比如说有价格听证，有一次人大甚至把一个文化局的厅长副厅长罢职了。这种听证模式在全世界经常运用。作为的听证会，就是一个准司法模式，它把法学模式引入立法权利、司法权利来解决纠纷，在这个过程中法律人（受过法律训练的人）的参与变得非常必要。

宪政发展的四大趋势，都跟中国的现实情况有紧密的关联。中国宪政也会受到这些趋势的强烈影响。

首先我们回到我关注比较多的——司法制度方面看，我们的司法改革能为宪政做什么贡献？

第一方面，我们可以通过良好的司法制度来解决立法中的缺陷，弥补立法制度的缺陷。

我们刚才说，有些缺陷是很明显，比如说宪法中没有审议。审议的政治需要立法机构进行审议、进行争论，但是我们缺乏争论，人民代表太多也不适宜争辩（其他国家议会通常是五六百人，这些人可以就某一问题进行争论和研究）；而且我们开会的时间太短，每年开会的时间是十二三天，今年还少了几天；尽管有今年有一个非常大的事件——修宪审议，结果我们还节省了 1 天半的时间，据说节省了好几百万块钱。我个人认为要是这会一天都不开的话，节省的钱更多！西方国家议会开会的时间差不多是半年乃至九个月，议会的议员就是天天开会的人，这帮国会议员就是职业的开会人员，也只有天天开会，审查政府财政政策、税收方面的问题才能够得到解决。现在国务院审计长李金华先生揭露出我们的钱花得是何等的随意！财政方面的漏洞，让我们每个纳税人都很担心，不知道这个钱有没有准。有些领导人回到故乡，发现路修得不好，他一句话财政拨款 8 个亿；有个财政部长回自己的母校参加百年校庆，跟校长说，对不起，我没有带什么礼物回来，我带了 8000 万块钱给母校。这不是他个人的钱，这是国家财政的钱！财政方面的巨大的随意性，人大怎么去审查这种财政？就需要开会，就需要把财政部长拿了审查。

我们知道还有很大的缺陷，其中一个就是谁来决定谁是人民代表。从全国层面也好，省级层面也好，地市级也好，人大跟选民是没有关系的；不知道哪个机构拍脑袋，你就人大代表，并不是人民选出的人民代表。这个人民代表是否真的是人民代表，特征并不是他经常提到人民。我们的国家叫中华人民共和国，我们的政府叫人民政府，我们法院叫人民法院，我们检察院叫做人民检察院，我们的警察叫做民警（展开来就是人民警察），我们上大学上人民大学，我们读的报纸叫《人民日报》，我们到人民银行办理人民币业务，病了到人民医院，我们死了到人民火葬场。代表人民不是说说就行的。讲“以人为本”是要让每个人都有权利参与到国家政治生活中，其中最基础的是，我们有权利选我们的代表，这样的代表才能为我们负责，代表和你没有关系，他凭什么来为你负责？我们海淀区的人民代表要开一个座谈会，我们去做了一个评论，我说我今天非常荣幸，遇到我们的代表了。平常你根本见不到人大代表，也不知道他们在做什么，他们是否对得起你的嘱托。我们知道这是不正常、不合理的，人民代表大会制度的改革势在必行。我们法律中出现了一些低级的错误，我们的立法需要专业人士的参与。像《中华人民共和国民法典》，这是多少专业的法律，如果没有专家性的人民代表来审议，这个法律制度是审议不出来的。前年我到电视报道说，李鹏委员长认为在《合同法》中“情势变更原则”是应该规定的，我听了以后特别吃惊，“情势变更原则”不是外行人能理解的东西。德国的法学家能为这个学好几本书，我觉得李鹏真的是有进步，他居然懂得“情势变更原则”。说老实话，“情势变更原则”我也不懂。太专业化了，需要有专家来参与。

现在的制度在慢慢的变好，我听说很多专业的律师愿意成为一个人大代表。前一段时间，

“第三届全国律师论坛”时，我来广州和广东的律师进行交流，我发现有许多律师有一种政治抱负，这是好事情。

现在的立法过程中种种缺陷，并不是三天两天能够解决的。也许这些缺陷可以通过良好的司法制度来解决。比如说立法中的人身自由，我们一开始就是人身自由不受侵犯，但这个东西在司法的层面上有问题，那我们能不能在司法的运行过程中，用法律规范宪法，把现实生活中违宪的行为，通过司法过程、法律行为加以解释、加以解决，对违宪违法的行为加以

限制，对其权利进行剥夺呢？宪法规定宗教信仰自由，但是我们的确不知道什么叫宗教信仰自由。宗教信仰自由包括信仰基督教、佛教、伊斯兰教，这些之外的其他的宗教，比方说政府不喜欢的某种宗教，是否包括在内？我们不能够要求立法者把这个要求的这么仔细，全面，使司法过程变成了自动售货机，任何国家的立法都不可能完全解决这些问题，我们需要法官们在现实生活中对它进行解释、进行论证。司法的权利运行过程中一定要说理，如果不说理，就不具备司法的权利，就是行政意义上的权利。政府说我取缔你，就取缔了，但法官在认可这个取缔的时候，你就要告诉我，为什么认可这个取缔，为什么要取缔？我们说言论自由了，我们有说正确话的自由，我们说政府真好，有了言论自由。如果没有批评政府的权利，如果没有说政府不喜欢的话的权利，就还叫言论自由吗？那不叫言论自由。同理可证，宗教自由不具备这样的自由。如果一个法官作判决的时候不进行良好的辩论，这样的司法权也会引起诉讼，他的判决是需要质疑的。通过司法的方式来解决立法的问题是我们今天司法能为宪政做的一点小小的贡献。

第二个贡献在于司法可以对政府的权利行使切实有效的制约，就是行政审判和行政诉讼。我告诉大家一个不乐观的消息，最近这些年，在全国行政诉讼的受案率在下降，老百姓越来越不愿意到法院去起诉政府。这是什么原因？我们曾经向世人炫耀说我们的行政起诉案中，原告胜诉率达到了 30%，全世界觉得这个是很多的成就。但他们不知道，在中国一个老百姓如果能够打定主意把政府告上法院，这是受到了多大了冤屈才可能做的事情！我们知道这30%决不能让我们盲目乐观，况且我们看到在很多事情上，宪法仍然没有显示出自己公正的品格。为什么房屋拆迁的问题动辄引起老百姓上街游行，到市政府或市委门口静坐，甚至到要到天安门去自焚，为什么？为什么不到法院去提起诉讼，起诉政府呢？我们都知道在拆迁实际上是政府和企业联合起来的拆迁，是有利益驱动的拆迁。法院的决策是什么，法院是做政府的看门狗，法院只不过把政府的意志化为一纸司法的判决，再派出一辆推土机把房子推倒而已。这种司法体制不足以让人民有信心，今后要走出这一步，走出这一步会有很多路可以走。如果要建立一个独立的司法体制，现在中国就有遇到一个机遇——中国可能进行政区划的改革。我在网上看到准备在 50 个区域改革，那中国一下子都变了，广东也不是老广东了，汕头和福建南部都划分为一个省了，然后粤北和湖南划为一个省。但民政部的官员辟谣说这只是一个学者的方案，还不到具体实施阶段。这也许是一个好事，在行政区划改革了以后，我们原来的省级单位仍然保留下来做一个司法的单位，也就是说 33 高等法院保留，行政权利跟司法权利就脱节了，两者不是完全重合的，就解决了司法独立的情况。今后我们看地图翻开第一页就会看到中华人民共和国行政区划，第二页就是中华人民共和国司法区划。但司法独立涉及到许许多多的方面，我自己所有的研究用四个字表达的话，就是“司法独立”，这些是我追求的。只要司法权能够对政府权利进行强有力的制约，给人民带来希望，这会改变中国一直以来的政治生态上的严重问题——人民和政府之间找不到一个中立者说理。我我们今天要找到这么一个中立者来说法。

最后一点就是的司法制度价值，就是通过司法制度在保障司法自由、言论自由。我们现在谈言论自由就像五、六十年代谈满汉全席怎么吃法，处在饥饿中的人谈奢侈的宴席，简直是画饼充饥，很不现实。制度发展需要一步步的推动，今天的情况不太好，但也有一些好的方面。刚开始我就说了：新闻界的朋友，有良知的记者，他们没有一刻的停止过抗争，这种为新闻事业而努力的行为让人感到希望所在。当然还有其他因素影响新闻走势，比如说商业的因素介入新闻之中。现在的报纸如果单靠发行来赚钱，是无法维持下去，包括《人民日报》。它靠行政强制订阅，下派下去每一级政府都要订。现在一见到《人民日报》的人都感叹说，不成，这太差了，他做的专访，实际上就是一个广告，做出来人家又不给钱，搞得《人民日

报》也没有脾气。我们看广州这边的情形，不管我们《广州日报》也好、《羊城晚报》也好、《南方都市报》也好，它们非常重要的力量是商业力量。有广告投放使你可以生存，你可以过得是很好的。商人为什么要在这些报纸上的做广告，不在那些报纸上做广告？这些商人知道哪些报纸是私人买的，有些报纸送给我们也不读，有的报纸不送给我们，我们自己买来读。商人在这些报纸上做广告，这就带来了报纸的机遇，这是商业的逻辑。报纸夹杂商业的逻辑和政治的逻辑之间很难过。但难过是变化的前兆，像过去的不难过反而是很可怕的，死沉沉的世界。广东的情况比较向我们昭示今后发展的可能一种途径。也许司法制度的改善，法院能够给新闻自由带来一种良好的环境。举个例子，余秋雨最近除了“文化苦旅”之外，还要做法律“苦旅”，他是要把批评他的人告上法院去。打官司他要钱也不多，每一次 10 万块的精神损害赔偿金。这次的《南方周末》还登了一个余秋雨的专访，看了之后觉得怎么会有这么不认错的人？我不大喜欢这个人物，看到批评他的文章我感到格外的高兴。肖夏林先生写文章批评他，说他把写文章变成了赤裸裸的名和利——深圳市给了他一个豪宅，他就写文章给深圳市唱赞歌，说深圳是中国改革的桥头堡，说中国将来会出现深圳学派。他说得太好听了，肖夏林就对他进行批评，他觉得这是侮辱，他没有收受豪宅的情况，就去起诉到法院。法院的判决让我感觉非常兴奋，法院判决驳回余秋雨先生的起诉。法律判决是要说理的，你猜法官是如何说理的？法官当时采取德国的比例原则，说肖先生为写一篇文章费尽千辛万苦、坐飞机到深圳，（做调查肯定不可能，这是个人隐私），事实问题是情有可原。被告人的律师很聪明，他请社会科学院的黎明先生来法院作证。他作证很有意思，他说“当时我们文化界都传说余秋雨得了一个豪宅”。法官说这情有可原，这毕竟不是他自己编造出来的谎言。当时大家都传说就信以为真了，就写了这个文章里，公众人物也要忍受一种个别失实带来的伤害。公众人物可以有很多途径来洗清自己的不白之冤，不一定要通过司法的手段，而社会对公众人物的监督应该是更加强有力。当然肖夏林先生写文章有不实之处是应该批评的，但批评不意味着要赔十万块钱。各位朋友可以看到通过判决书保障了居民司法自由的上的一点点曙光。但有时候情况很混乱，公众人物诉讼有时候也败诉。在上海一地方法院说，公众人物不可以提起这样的诉讼。有政治背景的往往就是有政治背景的原告胜诉，没有政治背景就有一定自由的权利在里面。

上面通过四大趋势和司法可能起到的三大作用、对中国现状和未来发展前景作了一点粗浅分析。

中国是一个大国、一个古老的国家，我一开始引用中国宪政梦破灭的例子，就表明这个国家里面制度的发展很难一蹴而就。有一些小的国家宪政经过一段时候宪政的发展很快有起色。而我们中国作为一个人口众多、历史传统悠久的国度，同样的改革要付出更大的代价，但困难是我们努力的理由，而不是借口。我一来遇到前面的几个朋友，他们关注过我过去的情况，他们说对我参与“五学者上书”表示敬意，我觉得不敢当。去年之所以事件没有引发，国务院的法规都废除掉，要知道每个出吼声的人做的努力的结果，是数以百万计发言的人构成了政府所不能忽视的力量和吼声。

我们最后不妨以国歌做结束语“每个人都被迫发出最后的吼声”。（热烈的掌声）谢谢！当然宪政实践不仅仅靠吼，更需要我们具有理性的、建设性的努力，中国有的时候缺乏妥协性，不仅是存在在政府中，还存在在国民的心态中。每个人在理性的时候，用理性的态度，对待现实的情况，必要的时候要学会妥协，学会让步，这一点也是非常重要的。相信通过每个人的努力，通过广东带头羊的角色，方方面面、各个行业从自己的角度发出自己的声音，做出自己的贡献，我们对中国宪政的前景表示乐观，我们企盼着中国宪政的美好前景！谢谢

大家！

提问：你刚才提到孔子是最伟大、最优秀的法官，但是您是否感觉到法学和儒学有深刻的差异、矛盾？有时候，用儒学和法学的眼光审查同一个法律问题，事件，真的觉得很难协调统一，而正是出于对两者皆崇尚的心情，更令我迷惑。您是为认为孔子式的法官类似于自用心证中的法官？怎么把握在法庭审判（或分析法律问题）中的依赖道德伦理观念的度？

贺卫方：我讲的是我老同学蒋庆先生的观点，我的观点恰恰跟他相反，我认为孔子作为一个具有伟大人格的先师，到今天一直非常值得我们尊重，我读《论语》的时候，真的能够感觉到他博大的、开放的心理，但是我要说，假如孔子生活在今天，这种博大和开放的心灵正好能够引导他向西方学习。我觉得在中国近代最像孔子的学人是胡适先生，北京大学的新校长，他就是孔子式的人，真的是可以做圣人的人，他年青的时候就注重写日记，他知道自己的日记将来一定会成为历史学家研究的对象。他为人处事，对政治的态度，对政府的独立的立场，独立但是不偏激，不是说我要打倒你，而是说我要和你合作，这样一种精神最具有孔子的风范。当然他自己的"糟糠之妻不下堂"的做法也比较符合的儒家的做法，所以，当年在北京的安徽人最喜欢胡适，最不喜欢陈独秀，陈独秀简直是无恶不作的人物，说中国共产党成立时候的文件都是在"八大胡同"的妓院里面起草出来的，胡适先生才不会做这样的事情。作为人格风范来说，孔子具有很大的感召精神，但是我觉得，今天的法制和我们所运用的知识理论跟儒家的学说基本上是不能沟通的，儒学讲的是人与人之间的复杂的差异，差异格局，儒家最讲究人与人是不同的，夫子、朋友、夫妻、军臣等等，所有都是建立在差异性的伦理基础之上，同时过分的相信每个人都可以被通过感化、教育，伟大的统治的过程就是伟大的感召我们的过程，是我们如沐春风，每个人都在成长，这样的想象理论上讲是可能的，现实中不可操作。比如说君子小人之分，怎么去判断一个人是君子？这是儒家所不能解决的，那么多人都声称自己是君子，但是我们都知道他们是小人！（笑声）他对人的正常欲望缺乏一种必要的尊重，中国一位非常了不起的文学家说过，人们知礼仪而忘于知人心，他们不懂得人心，他们自己在做事儿的时候知道人心是什么，他们有喜欢钱越多越好，他们好这个、好那个，但是在教育别人的时候，他们总想通过社会把人的正常欲望给消灭掉来实现一个良好的政治，这是不可能的事情。所以我不相信"以德治国"应当成为我们今天要恪守的口号，在今天这样一个缺德的年代里面，是行不通的，我们很难想象今天还可以用这种方式来建设法治！谢谢！

提问：美国的宪政本土化涉及很多的问题，美国的这种宪政理念放到中国是很难实施的，但是有一个过渡，就是台湾和香港，比如台湾、香港先试行，然后再渗透到中国大陆，这方面请您跟我们做一些具体的指导！谢谢！

贺卫方：你提了一个让我很兴奋的问题！因为香港和台湾的确用他们的实践来证明了中国的社会可能的一种宪政的模式，香港当然非常独特，总共是几百万人口，这样一个社区不大，经过了长期的英国殖民统治，过去的说法我很赞同，就是先法治，后民主，现在，民主的发展到今天为止仍然经受着考验，上次我到香港去，我对香港的记者说，我作为大陆的一个搞法律的人，我旗帜鲜明的希望香港的直选搞得越早越好！为什么？你如果试验失败了，我们正好吸取教训。说起民主和法制两分法的确是有一点点缺陷，就是说仔细考察中国的普通法，有时候民主是跟个人自由空间紧密相连的，而个人的自由空间又跟地方的法制状态有密切的关系。在香港一有什么事儿，老百姓就上街游行，包括菲律宾人看到自己国家有一个人在伊拉克被扣为人质，也到香港的街头去游行，游行已经成为他们的一个习惯，就是说在

没有民主的情况下，法制仍然是保障着的。我非常注意香港模式对大陆的启发，但是我认为香港的模式对中国大陆的启发，可能存在着普通法传统的局限性问题，在中国大陆没有历史的经验可以借鉴。所以我更注重台湾的模式，比说大法官会议，现在已经演变成政法法院，首先看看大法官会议组成的成员，每一个大法官如果考察他们的历史背景，他们每个人都是非常卓越的学者，有一半以上的人是教授出生的，一半以上的人是留学外国法学的博士学位的人。大法官法医最早的起源是 1947 年中华民国宪法，中华民国宪法规定大法官会议是司法院非常重要的行使权利的一个机构，当时规定的条件是，做过多年法官的成绩卓越的人，在国际法庭上担任过法官的人，最后一条很可怕，说是政治领域中成绩卓著的人。如果一个地方不尊重法治的话，就要安排许多政客们到这个机构来当大法官。从 1947 年开始，民国政府在这个机构的建构方面非常认真，在这个机构当过大法官的人都是了不起的人，这些人组成的大法官会议，他们裁决的时候，对政党纠纷、政治方面的冲突恩等等做出一些解释，这些解释充满了学术气氛，加以外国注释，德国最高法院曾经做出怎么样的裁判，英国法律如何裁判、美国法律如何裁判等等，人们似乎觉得这样做太过分了，但是现在这个机构正在发挥着越来越大的作用，对政府形态的改造发挥着越来越大的作用，政党可轮替了。过去的国民党哪允许你执政？这说明中国人在政治方面并不是不能妥协，不能让步，我们有这样的经验值得我们关注，值得我们重视，这毕竟是中国人所做一个探索。谢谢！

提问：您认为地方自治在中国是否真的不能实施？我们过去是否高估了中央集权的好处，而低估了分治情况下的优势，比如历史上的“三国”、“辽宋夏”时期等等，这些时期在统一的状况下没有什么发展，但是在分治的时候却有比较长足的发展。第二个问题是，根据中国“立行合一”的原则，三权分离的局面有可能实现，如果要实施的话，大概在什么时间？

贺卫方：首先请你包涵，第一个问题我真的是没有资格回答，我在演讲中间涉及到这样一个问题，但是我没有研究过中国的地方与中央权利关系，对自治历史和现实演变的种种问题，确实超出了我的知识能力，我听你提问的时候解释出来的东西，我觉得我应该向你请教这个问题。

在地方自治处理不当的时候，在中国有可能会出现地方格局或者说变相格局的问题，这是我们应当关注的问题。

第二个问题涉及到非常重要的问题，严格意义上的“立行合一”，就是说把立法的功能、行政以及司法的功能完全的结合为一个机构，这样的一种实践只在巴黎公社时期有一个短暂的尝试，后来都知道在社会主义体制下“立行合一”是不行的，制定法律的人同时到政府里面去做事这是不可能的，后来大家都划分了，而且在宪法上都做了“一府两院”、人民代表大会至高无上，下面是中央人民政府，国务院，人民两院——最高法院、最高检察院统一行使司法权。中国有一些权利是很怪的，很复杂的，就像军事的权利，中央军事委员会，是人民代表大会代表下“一府两院”制度，其实就是一个分权的模式，宪法中说了，人民法院依法独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干预，检察院也有一个类似的规定，这说明大家也意识到了分权的价值，就是不能把所有的权利由一人来行使。但是关键的问题是，分权并不是简单的说说而已，不只是一个条文，它作为一个非常复杂的制度构造，没有制度化的话，分权就会给老百姓带来灾难，不分权的时候，老百姓找政府是很容易的，老百姓到县衙去找老爷，那就要管理你的事情，要处理你遇到的难题，但现在可好，现在老百姓要想跟政府打交道，交易成本之高你都搞不清楚！比如说打架吧，首先要问你在哪儿打架，在街上还是屋里打的，你说他打了你，你处理就行了嘛！不！在街上打架属于公安管，在屋

里面打架属于检察院管的事儿！然后再打个车到公安部门，好不容易公安部门受理了，然后又把案子送到检察院，检察院提起公诉，法院进行审判，审判完了还不算完，还有人大要进行个案监督，到了最后说这个案子审理得不公平！最后，老百姓搞得无所适从，找政府的成本变得居高不下，这是表面上分权实际上不分权的很大的弊病，给老百姓带来了很大的灾难。我到一个县去讲课，一个大礼堂全是满满的人。我一问，下面说把农民也给找来听我讲课了，而且还没全来呢，还有一些同志出差了，下去收粮了，这么庞大的政府班子，是今天老百姓所付出的代价。人大是"一慢二看三通过"，来者不拒，说什么就是什么，"打哪儿指哪儿"，我们付出了巨大的代价却得不到一个真正合理的分权，比如说三峡工程，在西方国家如果修这么一个工程的话，议会不打翻天才怪！而我们呢？"这里黎明静悄悄"！所以，我觉得现在最大的问题在于建立了分权体制，就是要分起权来，权利的归属就要分清楚，我认为省委书记都不应该是人大代表，他们应该接受人大的监督，这样才能够建立一个真正的强有力的人大。现在的省委书记兼任人大主任，人大代表一看，哟，省委书记是我们的头儿！你不知道，这其实是人大地位低的一个标志，你被控制的标志。

提问：立法质量对宪政的实现和保证是很有影响的一面，我们基本法是由人大制定的，其他法律由人大常委完成，但 3000 名人大代表，分子来自不同的工作岗位、背景，有不同的文化水平，我想问，在这种多元化的结构组成中，如何保证立法质量？他们中相当部分也许并没有接受过专业的法律教育，您刚刚说的司法制度在这方面又能发挥什么作用？

贺卫方：西方国家的代表是由人民自己产生的，而不是被指定的，而且选民在选的时候，有一个非常有意思的考虑：这个人做律师做得挺好的，他代理的一些案件都胜诉了，就觉得他不错。律师往往就会被他们选成自己的代表。所以美国国会中，律师出生的人一直不少于一半，这种结构就使得立法人在立法机构中占的比例很高，在立法的时候也好，对政府的监督也好，就显得非常有力量。但是我觉得立法议员背景的多元化本身不是问题，重要的是这个多元化的议员要是由人民选出来的，这样他就有动力参与到这个过程之中，大胆的发表自己的看法，这是最重要的。

提问：请问您对中国的法律人走向政治的情景有何看法？中国的法律人能否成为中国政坛的一支重要力量？

贺卫方：现在，中国的法律人中有一些人已经成为中国政治领域中比较受注目的人物，比如说河南省委书记李克强先生，他是北京大学法律系毕业的，77 级的，现在是中国的一个一亿人口的省份的省委书记，一把手；团中央的第一书记曾强先生，也是我的老同学，西南政法的毕业生，现在做团中央第一书记，在政治舞台上已经是比较重要的人物了。**同志也曾经在一次会见中国法学会的代表的时候提出一个问题，他说：我见外国的领导人，左一个学法律的，右一个学法律的，怎么都是学法律的，你看叶利钦是学法律的，他老婆也是学法律的，克林顿不仅自己学法律，老婆也是学法律的，德国总统学法律的，台湾的"阿扁"也是学法律的，这念头学习法律的人怎么那么容易当领导呢？我要说，像美国的行政第一把手——总统，从历史上看，一半以上是律师出生的，这跟他们的选任机制有关系，他们要到处去演讲，搞法律的人都是"三寸不烂之舌"口才好，能把黑的说成白的，讨得选民的欢心，然后当上总统。政治的基本形态没有改变的时候，即使是一个学法律的人，在这样一个政治空间中，到底能够多大程度上发挥他法律的职业的特色，也是大可质疑的，所以我并不盲目乐观到想象：如果这几个人当了总书记，我们的整个形势会有一大突变，这不大可能，但是"量"的变化也许是值得期待的，我自己当然希望搞法律的人能够越来越多的进入到政坛中，

“牺牲他一个，幸福 10 亿人”!（掌声）确实，搞法律的人有一种规范意识，但现在有人批评说，越有规范意识的人，越是容易钻规范制度的漏洞，这种情形也有，但是我觉得总体来说要不断的推动，建立一种他们钻不了漏洞，只能严格要求规范办事的规范，这才是最重要的。

提问:请您评价一下现在民众的宪政意识如何？在中国民众现在的社会环境下如何培育民众的宪政意识?

贺卫方：有些人说中国老百姓素质不高，如何，如何，但是我认为中国老百姓的素质够好了，素质不好的是官员阶层。宪政意识说起来很抽象，但实际上很简单，就是跟自己有关联的事物，我要我有机会去知道，有机会去参与，不能说对我们生活很有影响的事情，我一点都不知道，凭什么跟我一点关系都没有？有一个选择权给老百姓自己，这就是民主。比如说查帐，我的钱被你收走了，但是钱是怎么花的，就这么从我身上拿走了，拿完了以后愿意怎么花就怎么花，愿意怎么挥霍就怎么挥霍？！那怎么行？！这样的政府是不对，我有权查！宪政其实就是针对这样的具体问题，我相信老百姓的素质不是这么低。过去思想家说，不同的政体有不同的支撑因素，支撑专制政体的最重要的一个品格是恐惧，威胁，专制政府如果没有了恐惧，就没有办法生存，贵族政体支撑性的因素是荣誉，而民主政体的支撑性因素是公民的美德，公民参与政治，愿意参与在政治生活当中，这是美德，也是政体的一个重要性的基础。公民的美德是如何焕发出来的？在西方国会的审议过程当中，经常有一些演讲，这种演讲经常有一种非常激动人心的东西，当然他们也经常诉诸于上帝、宗教，但是平常中间也有许多公民美德的东西，互换人民关注政治、关注政治的生活、关注政治弊端的废止，这都是使得一个国家政治形态不断改变的因素。所以我说，民主化的社会才能够真正的让公民的美德通过政治的参与来不断的焕发出来，使得一个国家变得越来越高尚，越来越伟大。越不参与，公民“各人自扫门前雪，不管他人瓦上霜”，所有的人都不关心公共生活的时候，这个国家就没救了。我们必须要建立这样一种良性的循环，人与人之间在长期专制形势下养成的“遇事缩三分”,“祸从口出这样的观念，需要我们鼓励更多的人民发表直率的看法，对政府大胆的进行批评，越鼓励，说的人就越多，说的越多，制度的演进就会有更大的智慧的进入，这样政治制度就越来越开明，就是所谓的政治文明，也就是文明的政治，不野蛮的政治，然后逐渐走出恶性循环。

提问：说到民主和宪政，当局就说中国人落后，文盲多等等，但非洲、印度比中国更落后，但是民选了，你怎么解释?

贺卫方：我觉得你说的就是解释。不是中国老百姓的宪政意识不够好，是领导的宪政意识不好。

提问：你认为中国司法独立的最大障碍在哪里？你认为是否应从一个领袖、一个政党、一个真理的改革开始?

贺卫方：我过去一直想到从边缘开始，而不是从敏感的部位开始。我小时候看样板戏，在座的跟我年龄差不多的朋友，可能都知道以前有一个样板戏叫《智取威虎山》，说威虎山上有一个坐山雕，很难攻打，解放军想打就是打不下来，后来他们去找猎户老常，猎户老常说，后山还有一条小路。后来果然是走了后山的这条小路，把坐山雕给端掉了。后来，我就一直企盼着中国司法改革成为推动政治体制改革的后山小路，司法的改革是不敏感的，提高

法官的素质，改善程序的设置，程序更加开放，法院应该说理，双方的平衡，律师的参与等等，怎么说都没有风险的，说得再天花乱坠，政府说司法是应该搞体制改革了，但是说归说，就是不行动，这是一个问题。但是我自己相信，通过这种程序性的变化、技术性的改革，最后能够成为一种政治性的变化。所谓的政治是什么？政治就是统治合法性的格局，人民愿意服从谁，人民信贷哪个权利，这就是政治，在政治里面这些不是一尘不变的，司法越来越公正，司法的正义越来越能够实现，我们希望看到的那一幕场景居然发生在了北京、上海、广东，或者说一个很偏远的地方，法院天天在伸张正义，这个时候，人民不信赖法院也难！这个时候，政治权利就转移了！（笑声）

那个朋友举了一个我在网站上说的一句话："Nothing is

impossible"（没有事情是不可能的），谢谢！有人评价孔子的那句话，叫做"知其不可而为之"，这样政治的格局就会发生变化，我们逐渐会走到这一步。可能这种想法来得太单纯了，我感觉现在似乎有一点点幼稚的是，如果不像毛主席教导我们那样的"两条腿走路"，如果不像小平同志教导我们那样的"两手都要抓，两手都要硬"，就是说推动司法改革的同时，不能够忽略政治体制的改革，宪政体制的改革，如果不这样的话，我们没有办法取得司法改革的成功，因为司法的独立、司法的公正离不开一个大的环境，这个大的环境就是我们的政治环境，所以，我现在更倾向于"两条腿走路"，"两只手都抓"，我也希望大家都参与到"两手都抓"、"两只手都要重"的状态之中！好！非常感谢大家精彩的问题！谢谢！

主持人：贺卫方教授给我们带来了精彩的演说，让我们再次用热烈的掌声感谢贺卫方教授！谢谢

上传时间： 2004/7/30 文章来源： 本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

网友评论发表评论>>只显示最新 10 条。评论内容只代表网友观点，与本站立场无关！

『CCC』于 2005-9-27 21:20:00 发表评论：

真的很感谢贺卫方教授.如果中国的知识分子都能向他这样那么中国的未来很光明的.

宪政路上的绊脚石与推动力

by 贺卫方

张曙光：今天是天则所的第 237 次双周学术讨论会，主讲人是北京大学法学院教授贺卫方先生。今天的题目是《宪政路上的绊脚石与推动力》。宪政问题是一个非常重大的问题，而贺卫方教授又是长期从事这方面的研究，所以今天来的人是非常多，下面请贺卫方教授先发言。

贺卫方：我觉得非常荣幸也非常惶恐有这么一个机会来天则所做学术报告，我是搞西方法律制度史的，宪政制度、宪政的发展一直就是我非常关注的问题。比如我的硕士论文叫《中世纪的教会法》，那个时候我就注意到了宗教和法律之间有着非常紧密的关联，西方式的宪政有着非常重要的宗教背景。最近这几年研究司法制度，在这里面法院如何设置、法院和人大的关系如何、法院和检察院的关系如何、法律依照怎样的程序来解释等等所有这些问题都是宪法研究的课题。

近一段时间以来，宪政问题成为社会关注的重点，大到居于庙堂之高的大夫，小到市场上的贩夫走卒都在谈宪法，都在谈宪政。这样一种现象的出现并非偶然，它的出现有着一种非常大的前提和背景，预示着转型期的社会有些问题已经无法回避了。我们知道在传统的社会主义模式下，宪政问题是没法提出来的，因为所有政治上的问题都寻找到了一种逻辑上的自洽，在这样一种体系是无法生发出宪政问题的，比如说对政府权力的制约、严格地保护人民的权利。，

楚汉平早在 50 年代时就说过在国民党下的自由是多少的问题，但在...下自由就是有无的问题。为什么在...下自由就是有无的问题呢？这是因为我们找到了一种组织，这个组织可以带领我们走向康庄大道，走向共产主义。在这种情况下，权力的制约就没有办法提出来。异化论也仍然是一种资产阶级自由论的观点，它认为社会主义国家在一定的条件下会异化成我们的敌人的说法是一种有害的说法。但是这样一种经典的社会主义理论，传统的社会主义政治哲学正在走向崩溃。我们一贯想象的光荣、伟大的组织的的确确犯了极其严重的错误。再后来，我们痛定思痛认为一定要对权力进行制约，所以邓小平的观点：要对社会主义的政府进行限制的提出来是有背景的。

经济的因素也是很重要的。在计划经济体制下，我们假定政府、党能获取所有的需求信息，再根据需求信息而不是利润的要求去制定生产计划，来满足人们的物质、文化、生活的需求。但是这种观点也随着市场经济的发展不攻自破了，因为之所以要建立市场经济就是因为政府没有办法通过计划来解决经济生活中的各种问题，无法建立一个良好的经济秩序和一个繁荣的经济状态。因此，经济的、政治哲学基础这些方面都不大牢靠了。有人就说了在社会主义国家里，人们谜幻般的、宗教般地充满了对未来天国的追求，在这种追求走向破产之时，政府统治的合法性越来越依赖于它对经济发展的推进。“天天是个好日子”、“永远跟你走”等等歌曲的传唱说明我们这个时代充满了一种功利性。我的合法性是因为我可以带你走向富裕，在经济方面取得相当大的成功。

但是市场经济的成功说明经济的成功必须依赖于其他制度的跟进，或者说依赖政治的、法律的秩序能保障一种良好的经济的发展。有人曾经认真地分析了英国兴起的历史，并且同中国的现实进行了对比，认为当时对中国资本主义萌芽的说法是很荒唐的，因为资本主义、市场经济并不只是一种经济形态，市场经济也包括了政治制度的保障功能。当我们观察英国资本主义兴起的过程的时候，在相当程度上可以说是因为它们的普通法、衡平法等法律制度的胜利。法律职业也在兴起，在以前的法律职业都是国王派一个官员以权力来裁判纠纷、处理案件。而现在变为一个人之所以有法官的角色，能够处理纠纷、裁判案件，他的合法性基础并不仅仅在于国王，更重要的是在行使权力的过程中间可以利用一种专业化的知识来裁判案件。也就是说人们发现自己行为具有一定的可预期性，可以根据法院现在的裁判来预期未来行为的法律效果，这是一个非常了不起的演进。这个时候，我们就发现政府的权力，包括法院的权力越来越趋向规范化这个方向。也就是说权力的行使不再是随意的。我们不允许一

种简单的像父亲、儿子那样的论证，比如说党啊，亲爱的妈妈，但是妈妈的权力并不受到规范的约束。实际上专业化的兴起就给英国这样一个社会的发展带来了一种非常重要的契机。

在向市场经济转型的过程中，我们看到了市场经济的社会并不仅仅是经济的问题，而且是法律的问题、政治的问题、宪政的问题。一个国家的政府是否受到法律的严格的、规范的约束是要直接影响经济发展的。当一个国家的政府的权力不受约束的时候，哪怕它标榜自己代表人民的利益；当一个国家的私有财产得不到法律的严格的保障的时候；如果一个国家没有一种基本的政教分离的传统来保障人们的言论自由、思想自由、学术自由；如果一个国家没有一种良好的专业化的兴起，我们就发现这个国家无法实现经济的繁荣。所以在这个意义上，马克思对历史的概括可能不是放之四海而皆准的，也就是说不光是经济基础决定上层建筑，而且有时候上层建筑也会反过来决定经济的发展。

我记得有一个人出访英国的时候写了一本日记，就发现当时英国的经济之所以能够发展的原因不在于有坚船利炮这个事实本身。严复到英国留学的时候有一个爱好就是跑到英国的法庭里边去听审判，一连好几天都怅然若失，后来就去找郭松涛先生说他看到了英国这个国家"公理日升"，公理天天都在升涨，英国的富强的根源也正在于此，在于制约国家权力、保障司法的司法机器，使得正义不断地升涨，使得一个民族的活力不断地强化。因此，这段时间里全国都是对宪政问题如此关注是有根源的。比如要增加全国人大的 19 个专职委员，就在这个屋子里面，天则所和经济观察报搞了一个座谈，在两会期间报道了。大家之所以如此关注这个问题就是大家意识到如果没有一个良好的法律秩序，没有一个良好的宪政就不可能有一个量好的经济发展。

在这个过程中，我们也多多少少地意识到宪政理念。这些理念，对于在座的从事法律研究的朋友，从事经济研究的朋友来说都是耳熟能详的。但是，我也不妨谈一谈我对宪政的粗浅的理解。实际上在我们刚才的谈话中间已经触接到了宪政的基本理念问题了。

首先是法律的至高无上，或者是宪法的至高无上。在一个宪政的国家里，宪法必须居于一种至高无上的地位。在我们国家宪法的最后一段，写到了"所有的组织，所有的政党都必须将自己的行为纳入到法律和宪法的范围之内"，没有那一个组织可以超越法律。大家可以自然地想到对于制订国家规则的权力的约束问题。卢梭似的民主是假定所有的人共同意志是可以形成的，这些共同意志把不太合理的意志排除了之后就过度到法律。法律代表了一种公意，这种公意在它的形成过程中是不受到制约的，也就是说人民选择什么，什么就是至高无上的。但是这也是有问题的，比如纳粹时期，人民选择了希特勒。因此，民主的悖论就在于假设绝大数的人都喜欢专制的话就很可怕。所以在今天的民主观念下，我们必须要限制国家的立法权，国家不可以随意形成规则，或者说大多数人的意志就可以形成一种规则。从二战以后，人们认识到一些规则是不可以通过民主的逻辑改变的，比如人的尊严，人生存在世界上的至高无上的尊严是不可以通过民主的程序损害的，因此，不侵害人的尊严就是一个至高无上的规范。

现代社会对法律的违反是多种多样的，但最可怕的一种违反是来自政府。为了使政府能够严格地以法律和宪法的规则来做事情，就必须要对政府的权力加以约束。这种约束来自两个方面，第一个约束是来自外部的方面。这也是社会契约论的观点，人们通过自己的选择来任命政府，人民通过自己的选择来罢免政府，当然人们也可以通过其他的途径来约束政府，比如大众传媒。人们说白宫是一座玻璃房子，并不是老百姓把它变成玻璃房子，而是媒体。

比如现在正在进行的对伊战争，这是人类历史上第一次对战争进行现场报道的战争。这就会对各国政府的行为产生制约。比如在越战的时候可以随便地把一个村庄给炸没了，平民给炸死了，因为媒体的力量还很弱。但现在美国打的这场战争就很辛苦，一方面要打胜，另一方面又不能伤及平民。否则民主的逻辑就会受到自然的颠覆，因为美国标榜是去解放别人，但却把人都打死了。因此媒体的力量给政府的行为带了一种非常大的约束。

在这一点上托克维尔早就看到了言论自由对一个国家的极端重要性，在他看来所有的权利中间最重要的一个就是新闻自由，言论自由，没有了言论自由，其他自由的根基都会被颠覆性地加以动摇。所以今天在外部有对政府的约束。但是光外部约束还不够，还需要建立一个内部的约束，还需要在政府的机构之间建立一套相互制约相互平衡的机制，这就是人们常常说的权力分立的原则，或者人们不是非常准确地说的三权分立的原则。权力分立学说在西方历史有着一个缓慢的论证过程，美国的宪法仿佛就是国会里的人把这种学说变成了一个国家制度，但是还不是这么简单。这也是在人类历史上，思想家或者学者能起到的一个非常大的作用。

权力分立不外乎行政、司法、立法三种权力的分立，但孙中山在家里想着想着就觉得三权分立快要破产了，于是制定了五权宪法。唐德刚先生曾经批评这个学说，他的一篇文章的标题就是《三权已足，五权不够》，就是说要是说权力分立的话，三权就够了，如果要说五权的话，那就远远不够。当然这里面是不是有一种政治动力学的问题，我也搞不清楚。

现在有一本书说司法权在全球范围内呈现出一种扩张趋势，这好象是和美国在二战后国势日益强大、政治影响日益强大分不开。在其他国家，司法权就没有像美国那么大。法国的法官就是吃了自己前辈的亏了，在大革命时期，法国的那一帮子法官跟国王沆瀣一气，镇压新兴资产阶级，于是在历史上就永远被钉在耻辱柱上，所以后来人们就说“防火、防贼、防法官”。在英国议会的权力是很大的，除了不能把男人变成女人之外，什么事都可以做。在全世界范围内，司法权在扩张，司法的合法性在进一步地得到论证。在过去的一个世纪里，行政权是在扩大的，但是在最后的十年里，行政权正在受到越来越多的限制，比如通过司法审查，通过审查行政权的合宪性来使得行政权日益规范。

我们刚才讲了宪政的第一个特点是宪法和法律的至高无上，政府必须遵守严格的法律和规则，宪法和法律的规范必须要得到进一步地规范化。世界各国的法律都或多或少存在一定的模糊性，这个模糊性一部分是来自于语言本身的模糊性，我们无法用语言来表达完全明确的法律规范。有一个人写了一本书，在里面举了一个例子说有一个城市规定“在晚上 12 点以后，不得在城市里不正当走动”，但是什么是不正当呢？宪法也一样，它的规定也不一定就规范，比如宗教信仰自由。非常现实的一个问题就是宗教信仰自由包不包括信仰邪教的自由。因此宗教信仰自由的宗教必须加以解释，否则就很麻烦了。但是没有人去解释，因为没有诉讼，如果有一帮子邪教的人提起一场诉讼，打到最高法院，就自然会对宗教信仰自由进行解释。在我看来，信仰宗教的自由包括信仰邪教的自由，因为只是信仰而已，这是个人的事，就像言论自由一样，如果只允许人们说政府允许说的话就不是言论自由。如果某个法官说这不是宗教信仰自由，那么我就问他是不是只说政府同意说的话才叫言论自由，出版自由。我们发现在现实中人们的信仰自由得不到保障就在于没有人去做进一步的解释，这种不解释的状态构成了法律的最大的模糊性，而且全国各地的法官在解释的时候也是有很多版本，这就给法律带来了伤害。这个国家就没有统一的法律，这个国家的人们就生活在不同的法律准则之下，裁决结果取决于他碰到的法官采取一种什么样的观念。

另一个是法律的不公开，公开的法律规范和实际的法律规范之间有很强的张力，表面上规定的东西有很多，但是实际操作的规范也有很多。比如游行示威的权利，但是必须经过批准，而且批准的概率是很小的。因此，表面上的规则和实际的规定之间是有冲突的。下一步有一个很重要的问题就是私人可不可以办传媒，规则上是可以的，但是另外的一些文件却把这些规则剥夺殆尽。宪法和法律规定人身自由权不受非法的剥夺，但是有一个县的一些妇女却因为超生被政府双规起来，办学习班，让她们同意做绝育手术。后来她们问了律师，律师告诉她们说这是违反宪法的行为，后来这帮妇女写了诉状，县政府成了被告，这下县法院就很坐立不安了，因为它们不知道应该怎么办。后来就一级一级地向上请示，省委就发布文件规定全省所有法院涉及到计划生育的案件一律不准受理，因此公民的最基本的诉权被侵犯了，更不消说人身自由。

还有一个就是司法机构和非司法机构界定不清楚，按规定除了司法机构没有任何人有权剥夺你的自由。公安部门、检察院通过合法的程序和严格的审查才可以说某人被捕了。但是，在实际中，有很多宪法和法律外的机构也可以说"你跟我走一趟"，比如双规、双指问题变得非常严重，以前只是针对党的官员，但是现在连民主当派、外商也被双规，这就使得法律的规定和现实之间的状态越来越紧张。当年，利马窦就发现法外用刑、法外施恩的问题是非常严重的，谁也不知道每年死于非命的人有多少。直到今天也没有解决的一个问题就是仍然有很多非法律机构在执行法律机构执行的任务，我在和中纪委的朋友聊天的时候就说为什么不把这个权力给检察院，他们说他们的方法更有效。当然有效了，因为他可以不受限制地管制某一个人几个月。

宪政方面的第四个要求就是要保障宪法和法律的稳定性，在宪政国家的秩序都可以得到保障，这就意味着人民的权利的保障是很稳定的，因为法制的一个要求就是人们可以通过研究法律来预测自己行为的法律效果。这就意味着政府不可以任意变更、修改法律，法律有稳定性的要求，而且这都影响到法律职业者的一些观念和心态，比如搞法律的人有一种天然地保守性。人们说在三权分立的国家里，各种机构相互制约，这种制约并不仅仅是一种社会分工，比如某人去做行政，某人去做司法，某人去做立法。它不仅仅如此，这还深刻地影响到了做事方式、思维模式。比如说民主逻辑如果很深入地话，行政官员就会去追求一种短期行为，追求人们的正面评价。反过来，立法权也有这个问题。司法权也有这个问题，在一些国家，司法权都是终生性的，很多法官都是终生任职，这就意味着他不必要考虑到民意的影响。大家可以看到一个国家的行政领导人无论走到那里都喜欢抱小孩，尽管他不见得就很喜欢那个孩子，但也得做出很亲民的样子。但是法官无论走到那里都显得很庄严，他不必要去搞这一套，这也说明他更考虑一种长远的东西，这种长远的东西。这种长远考虑可以使得他更注重考虑一个国家、民主长远的东西。同时，他也朝后，这使得他每做任何一件事的时候都要考虑现行法律本身。但是现行的法律其实都是过去的法律，而不是此时此刻的法律，这种过去可能是过去的十年、二十年，甚至于更长的时间。因此法官就要向后看，他要研究立法者的意图是什么。这样一种向后看的特性使得司法职业者具有一种相当大的保守的色彩。这段时间"与时俱进"这个词很时髦，有次我写文章也用了一个与时俱进，报子的编辑就说这个词不能用，我说这不行啊，因为别人能用我怎么就不能用了呢？他们说不能这样用，我写的是法院作为一种保守性的机构不应该与时俱进。因此后来改为法院不能处处求新求异，意思虽然没有变，但是文章的最妙的一句话却被删除了。

法律的这种保守性格决定了司法权力本身不是一个经常变化的东西，法律的经常变化使

得人民不知所措，因为如果一个国家的法律不停地改来改去的话，在这个国家里什么是合法的、什么是非法的。比如一个投资商觉得这里的环境不错要在这里投资，但是政策像月亮，初一、十五不一样，投资就会面临着高风险。我们也经常看到宪法本身经常在变来变去，这是值得忧虑的。党的代表大会一开，宪法就要改动一次，比如邓小平理论，我也承认邓小平理论是一个博大精深的，但是它不应该被放到宪法里面去，因为邓小平理论是一个政治概念。

宪法的不停地改动是一件十分令人担忧的事情，当然也可以说是底子打得不好。大家知道宪法在八十年代前就做过好几次修改，而且 82 年宪法还基本处于文革刚刚结束的时候，宪政观念还没有被真正地接受。从某种程度上来说，82 年宪法还不如 54 年宪法。比如，在 54 年宪法里规定法官只服从法律，而 1982 年宪法做了一个列举，规定人民法院行使审判权不受行政机关、人民团体和个人的干预。但是党受不受干预，党算不算社会团体，因此列举法是列举不完的。现在人们正在推进私有财产在法律上的神圣不可侵犯，但是如果法律只是一个开放的文本,这就是一个令人很担忧的事情，因为他不可能得到权威性。

宪政的第五个方面，在我看来就是司法的独立性。司法必须独立，因为如果不独立的话，司法权就必定要受到其他因素的影响，法官就没有办法完全依照法律的逻辑来裁判案件，这样就无法对人民的权利提供有力的保障。实际上，司法独立性问题还是一个任重而道远的问题，因为在我们国家里边一种泛行政化、泛政治化的思想非常严重，人们没有办法去理解司法为什么应当独立，没有办法去理解法官为什么应当享有一种真正独立的权力。没有了法官的真正的独立，导致了法官的个人尊严得不到保障。现在很多朋友很忧虑中国的司法腐败问题，但实际上中国的司法腐败在很大程度上是来自我们的制度问题，而不是法官个人的问题，劣币驱逐良币，造成法官队伍的不纯洁。

我们仔细分析就发现宪政的内容其实也不多，一个是严格地限制政府的权力，包括在政府之上的某些组织的权力，另一个就是严格地保障公民的权利，这是一个硬币的两面。如果我们去考察一下历史和观察一下中国的现实，就可以发现宪政作为一种制度本身就是西方历史形成的东西，而不是中国历史形成的东西。在中国的历史上，其实也一直面临这个问题就是如何去限制皇帝的权力，人们也在探讨如何去约束皇帝的权力，但是看起来这种约束是不大成功的。因此，在我们今天思考宪政的时候，应该回过头来想一下，中国古代到底是什么因素使得我们没有产生宪政。这就要求我们去考察一下西方宪政的演进历史，但是这也容易导致一个问题就是我们缺什么，就更容易观察到什么。在我看来，下面的四个因素是很重要的。

第一，一个独立的教会的存在是宪政能够发展的前提条件。基督教是西方社会早期的一个主流宗教，但是基督教对于西方人来说也是一个外来宗教。这种外来宗教早期也是通过一种歪理邪说的方式得到传播，罗马教廷也给这种宗教的传播进行了严厉的打击，但是直到最后也没有挡住这种宗教的传播。基督教的存在在两个方面构成了对世俗国家的权力的约束，一个方面就是宗教本身的神学学说，比如上帝面前人人平等的说法是很容易演化成法律面前人人平等的，而且原罪说使得每一个人都变成有罪的人，哪怕你是国王、皇帝，但是在上帝面前你仍然是有罪的。这样一种论证本身就使得国王不能把自己在道德方面打扮成为一个完美无缺的人，而在东方国家领导人时时刻刻都喜欢把自己打扮成为完美无缺的人，老是要人们接受他的思想，这样一来，他就变成导师了。当面林彪趁毛泽东为“伟大的领袖，伟大的导师等等”但是，毛泽东说什么都可以不要，只要伟大的导师就行了。这就说明毛泽东喜欢把自己打扮成为一个道德上完美无缺的人，在这样的国家里，人民永远都是幼稚的、不成熟

的，最后要对你耳提面命，使你洗心革面成为共产主义新人，但是你永远也成长不起来，

因为他永远教导你。

更重要的一个方面就是把人的生活划分成世俗的和精神的两个方面。这种划分使得西方的世俗的权力得到界定，得以限定。比如在圣经里面就说了把上帝的归上帝，把恺撒的归恺撒，这就说明了区分世俗的世界和精神的世界的重要性。在西方的历史上，研究什么是世俗的，什么是精神的是一门非常大的学问。这种划分对西方的法律制度的影响非常深远，同时也限定了世俗的、国家的权力。顾准先生在文革中劳动的过程中继续研究希腊的城邦制度，他发现在西方两个权威的存在对后来的政治制度的演进非常重要。他说底层的人可以无所谓，但是上层的人却可以在两头之间加以选择和规避，得罪了世俗统治者就跑到教堂里来，国王的警察是不可以随便进入教堂去抓人的；得罪了教会可以跑到世俗那里去寻求某种庇护。因此这种两权分离的现象是西方宪政得以形成、自由得以保障的一个重要原因。这也是现代国家制度方面的一个非常重要的原则就是政教分离，世俗的政治是要和宗教相分离的。世俗的政治不可以倡导一种宗教、保护一种宗教而反对、迫害另外的宗教。同时政府也不可以越界去干预人们的精神生活，我们知道现在西方国家是不可以发表一个什么讲话去让国民学的。大家想想看就可以发现大学的自由、言论自由都跟这种政教分离有关系。因此，这是宪政存在的第一个要件：独立的教会的存在。反观我们的历史，儒教也充满了对世俗政治的批判，这种批判有时候也带有某种非常强烈的民主、民本的色彩。但是由于没有一种制度化的、组织化的框架作为支撑，由于没有一种理论上的论证，所以使得这种学说就像一个体制内的学者在苦口婆心，不具有什么力量，因为他不是独立的、是没有组织化的。

使得世俗的权力走向了规范化的第二个方面的因素就是阶级冲突。关于这个问题，我也写过一些文章试图加以论证。我的一个基本看法是宪政的发展、法制的形成和不同阶级之间的相互冲突分不开。不同阶级之间相互冲突，但是又不能吃掉对方，所以不得不妥协，不得不相互让步，从而形成了一些行为的规范，这是他们的法治得以形成的根源之一。我们过去总是过于简单地理解了西欧的阶级结构，认为在封建社会是农民和地主的斗争，在资本家社会是资本家和工人的斗争。实际上西欧阶级结构是一种非常复杂的模式，比如统治者阶级并不是一个所谓的单一的统治者阶级，我们知道贵族、商人、教士在一定程度上说都是一种独立的阶级,

社会呈现出非常复杂的模式。我们看到英国的第一个宪法性文件《大宪章》的出现就是一种阶级斗争的产物，约瀚王好大喜功，与法国交战，与教廷交恶，最后搞得民不聊生，国库亏空，于是不得不与贵族妥协。比如征税就得先和贵族们协商，新增加的税收必须要获得贵族们的同意，逐渐地就形成了一个规则就是贵族们要派代表到国王身边去审核税种、税率等等。现在，西方国家下议院的一个非常重要的职能就是对财政问题进行审查，这种审查的合法性根基就在于国家的钱来源于人民，人民是由不同的阶级组成的，不同的阶级都要派代表去对国王行使权力进行监督。在我看来，大宪章再清楚不过地昭示了宪法发展的一种阶级背景，所以列宁当年说宪法是阶级力量关系对比的一种表达。这种说法是非常有道理的，没有阶级冲突，没有阶级妥协就没有办法去形成一个有生命意义的宪法。

我自己也写过一篇文章《税收奠定宪政基础》，仔细想一想刘晓庆女士被抓了，心里面

也很同情她。我们也看到到处的标语写着依法纳税是公民应尽的义务，但是没有人告诉我们钱是如何使用的。我们听说一个国家领导人到自己的祖籍所在地去视察，看到当地的路修得不好就说给你们 8 亿块钱去修路，我们听说某一个财政部长到自己的母校去对校长说我没有给你带回来什么，只带来了几千万块钱。我们并不知道钱是怎么花的。刚才说到了政党的问题，由于我们国家没有一个政党法，党的大大小小的专职干部拿的工资都是从国库里来的，党的每一次代表大会的支出都是从国库里来的。但是，这不对呀，我们是交税不是交党费。前段时期我在飞机上看到一个报道说台湾国民党现在经费紧张，就只有裁员，原来的中央日报裁到现在的只有 36 个人。而我们的人民日报却有超过一万人在办。所以下一步党库和国库的分离就是宪政改革的一个重要方面。

我并不是研究中国历史的学者，但是当年梁漱溟先生非常明确地说马克思主义是在中国走不通的。他是不是在一定程度上就考虑到建立在阶级斗争基础上的、对西欧社会的观察形成的马克思主义提出了阶级斗争是社会发展的非常重要的动力？我们考察中国社会就发现中国似乎就不存在象欧洲那样的复杂的阶级结构，中国在一定程度上是一个反阶级的社会、是一个不喜欢阶级的社会。当跟日本的阶级结构比较的时候就可以发现它的阶级结构是相当封闭的，政治家、武士都是家族的、世袭的，一代一代地往下传。而我们中国的选官制度就对阶级结构的分离产生了很大的影响。早期的时候，中国采取了推荐制，但是这种制度很快就腐化了。后来受到了儒家思想的影响，我们采取了科举考试这样一种制度。我觉得科举制度是一种空前平等的制度，只要你足够聪明、足够努力，做官的机会就可以平等分享，就可以成为统治阶层的一员。但是成为统治阶层的一员又不意味着你能千秋万代地保有下去，这就说明我们的统治者和被统治者经常处于一种流动状态，没有办法形成一种独立的统治阶级，没有办法形成一种独立的商人阶级，没有办法形成独立的农民阶级。所以在我看来，古典中国社会是一个反阶级的社会，没有了界线清晰的阶级斗争和阶级妥协，从而使得中国这样的一个社会不太可能发育出记录着阶级斗争果实的这样一种宪法。这也是一个差别使得宪政能在西方产生而不能在中国产生。

第三个方面我认为是私有财产的保护程度和私有财产对于国家权力的限制。私有财产受到保护在古罗马就是一个很重要的规则，一个人对自己家的土地的权力达到了拥有领空权的程度。我们知道在古罗马有一个很强烈的倾向就是“帝王所谕者皆为法律”，古罗马并没有很发达的公法制度，也就是说它的宪法原则并不是很发达，没有对国家权力形成严格的制约，整个政治性的法律还是相当地粗陋，有利于专制的形成。但是，因为它有相当发达的私法体系，所以也在很大程度上遏止了专制。这个私法体系的发达的一个重要方面就是保障私人财产，当国王的马匹不能随意在我们的土地上践踏的时候，当每个人对自己的私有财产的保护到了一种神圣的程度的时候，宪政就在一定程度上建立起来。

我不知道这个判断对不对，我觉得中国的传统社会对私有财产的保护，尤其是对土地所有权的保护向来处在一个不严格的状态，打土豪、分田地总在历史上不停地上演，总是要剥夺大户，剥夺豪门，我们把贫富差距总当成是一件不好的事情。我们看到在很多国家都规定对动产实行均分，对不动产都是实行长子继承制。但是我们没有办法接受这样一种制度，这就使得土地财产不停地趋向零散化，同时国王也很喜欢看到这样的结果，因为没有大地产去限制国王的权力。当然，我对此没有研究，只是提出一个问题来请教在座的经济学家朋友们。

第四个是专业化分工。古希腊的哲人就已经有了一个分类的观念, 和分类学相应的是政治学的基础,

和这个模式相适应也带来了国家权力的受到限制.

在古希腊的时候人们还没有认识到专业化力量的重要性，比如在审判苏格拉底的时候，人们并没有把法律当成一种专业化的东西。但是到了古罗马的时候一种专业化的法律制度就开始兴起了。法官不在是外行人，而且出现了一批非常了不起的法学家。而且，后来的五大法学家作出的解释就直接有法律效力。到了近代，这种专业化分工的力量就更加明显了。在大学里学习法律的人回到自己的国家成为近代文官制度的前身，更加重要的是在司法的领域里的一个趋势就是只能由专业化的人士充任。我们还记得在 17 世纪的时候，英国的国王詹姆斯一世还和他的大法官有过一场非常激烈的争论。尽管大法官被免去了职务，但是他提出的学说在当时就具有非常明显的正当性。在很早的时候就有一种认识是国王必须要在上帝和法律之下来行使权力，但是到了爱德华、苛克时代，他却说“不，上帝赋予你无与伦比的天然的智慧，但是法律不是这种天然的聪敏就能把握的，法律是一种技术的理性，这种技术的理性不经过长期的学习是得不到的，就很难行使司法权，就使得人们的权利很难得到保障，从而使之陷入一个非常不稳定的状态”。国王非常愤怒，免去了柯克的职务，但是青山遮不住，毕竟东流去。到了 17、18 世纪，西方就形成了由专业的受到过严格的法律培训的人来行使司法权。由受到专业训练的人来行使司法权有很多好处，因为它有一系列的概念、一系列的规范来保障司法权的行使必须是平衡的、稳定的和统一的。只有这样，人民的权利才能得到妥善的、周密的保障。法律的反复训练的过程就仿佛是使一个人的头脑不停地被格式化的过程，在学校里学习法律很多年，不停地翻阅案例，最后的结果是使得头脑被格式化。他们在开始的时候看法律就像我们原初的时候一样，觉得很漂亮。但是在学了法律之后再去看这个世界就像戴了一副有色眼镜，世界在他的眼里呈现出一种法律的结构。他操作的一套语言在外行人的眼里是不大听得懂的；他思考问题的方法跟外行人一点都不一样。有人认为法律的特点被强调得过分了，事实上法律并不具有人们想象的那样的确定性，一个法官上午和太太吵了架，一判刑的时候就重了五年。但是我想法律固然存在着不确定性，但是法律人所追求的还是法律的确定性，所以这就是学术界这几年不停地推进法律职业化的原因。这种职业化的推进对于政府权力的约束，对于民权的保障都是很重要的。随着人们不停地增强对法律的信赖，人们以前对政府的依靠就会不断地被弱化。这是一个非常艰难的过程，但也是一个具有重大意义的过程。在中国兴起了这样一种建立在分权基础之上的法院，然后通过他们更加公正地解决纠纷，从而使得人们对法律的信任增强，使权力中心转移，我想这是中国两千年来的重大变化，是把中国带出一治一乱的重要转折。

也许是卖瓜的总说瓜甜，搞司法改革久了的人总说司法体制改革的重要性。我自己觉得这是一个非常重要的改革，它的专业化是值得我们大家去推进的。

接下来，我简要地谈一下对宪政发展有重要影响的中国传统文化的问题，这些问题而且是我们在宪政建设中会碰到而且很难办的问题。第一个文化特色就是人们对于书本上和实际上的分离习以为常，比如有些机构行使了法律没有授予的权力，但是人们对这些都习以为常。这样的一种全民性的对于规则的不看重，我觉得这是政治文化传统的一个非常可怕的东西。第二个特点就是帮派思想的盛行。政治过程中的帮派固然重要，但是它不应该发展到以一种不大合理的方式去组建帮派。比如同年啊，门生啊。如果这种思想盛行的话，特定地区来的人就能得到信赖，这就构成了一个小群体，这个小群体不是政党，而是政党里面的派系。有时候，这种派系观念大到一切是非都以是否是我的派系来划分，我觉得这是一个特别严重的中国政治的问题。第三个文化传统是过分的理想主义，以至于不懂得妥协。宪政固然是为了

权利而斗争的过程，但同时也是一个妥协的过程。我们需要知道再完美的宪政也不是完美无缺的，没有那个群体或者那个人可以垄断所有的真理，我们很需要有知道自己很可能是错的的一种观念。但是在中国却存在一种两极化，要么把政治看得极其肮脏，要么把政治看得极其纯洁。这样一种两极化的观念是在不停的深化，而不是逐渐地淡化。由于格外地理想主义，不容在不同场合下的争论，这样一种两极化的思维是会影响到我们未来的宪政发展的一些文化上的因素。

宪政是一个长期的过程，我们需要有一种长期的思想。或许正像人们说的结果不重要，过程很重要，在宪政建立的这个过程中，我们需要不停地促进小的点点滴滴的发展，也需要不断地点数这些小的成绩，今天我们所做的正是在推进这个过程。好，谢谢大家。

张曙光；刚才贺卫方教授做了一个很好的报告，他讲了宪政的五个方面的因素也讲了可能阻碍它的因素。下面就请两位评议人先做评议，然后大家再来讨论。

许章润：贺卫方教授是我们所熟悉的学者，今天有机会在天则所聆听了贺卫方教授的演讲风采。应该说，内容是丰富而深刻的，表情是丰富而生动的，手势是具有感染力的。他不仅提供一种思路，而且也对我们的提问设置了障碍。为什么这样讲呢？我想从我刚才听他的演讲所生发的一些感想来说起。实际上贺卫方教授在开始的时候就交代了中国宪政问提发生的语境，如果我没有理解错的话，我想人们谈论宪政至晚是从甲午战败之后的。中国的知识分子，不管是自由的，还是保守的，不管是积极的，还是守成的都不可回避地再谈论这样一个宪政问题。它所引发的一个语境就是中国社会在过去的一个世纪里正在进行的以西方社会为榜样的转型，在这样一个转型中可能是它的起点，但必然是终点的就是至高、至上的宪政的达成。这样一种终点在我们追求的起步阶段就已然呈现在大洋的彼岸，然后我们作为一种榜样追求。实际上这是基于榜样的示范，而榜样的示范更像今天在海峡对岸的民主的演练造成的示范压力。我们中国从过往的以半部论语治天下的治理思路和方式转向为一部宪法治天下，我们现在又去追求这个东西。我个人以为这种基于榜样的压力和示范效应而促成的变革，以一部宪法治理天下的进路是后发文明在转型时期不得不然的一个取向。但是这有严重的偏颇，因为这实际上在心目中已然有了榜样的存在，而这个榜样被看作至善、至美、至高、至上的，然后以这个榜样来作为行动的起点并去追求。我觉得这犯了以结果作为起点，然后以追求结果这样一个弊病，因此这样一种以一部宪法治天下的进路没有看到这种结果并不是中国社会转型的起点。我想中国这些年的历史已经给了答案。如果我们比较泛阿拉伯主义、泛阿拉伯运动的含义，我们可以称之为泛宪政主义。贺卫方教授就是这些众多泛宪政主义者的一员，这不是一个贬义，这是中国的知识分子不得不然的一个选择，明知不行也必须这样。

贺卫方教授还讲了一个问题，我认为这对我有深刻的启发。我们今天谈论宪政问题，我们过去谈论宪政问题，实际上反映了知识分子以及大众对政治统治合法性的追问，而且这种追问是以对它的质问为内容的。我们可以发现在中世纪的欧洲以对神权政治合法性的追讨为开始而开辟了以后政治的新天地的历史，我们也可以看到在二战以后基于西方文明本身反人类本身出现的对此的追问，我相信我们今天谈论的宪政问题同样是基于 1949 年以来在中国大陆出现的种种反人类的、反文明的、对人的尊严不加重视的政治统治合法性的追问的一个结果。所以，我想宪政的发生语境就像贺卫方刚才讲的是对政治合法性的追问，而这种追问的核心就是问凭什么说你这种政治统治具有先验的合法性，如果你提出了三个代表来装饰你的合法性，但是反过来我也可以用三个代表来衡量你是否代表了三个代表。我想说今天的这种追问是把那种先验的合法性落实到技术的、操作层次上的来追问这种政治制度的合法性，

从而使我们国家的政治、生活能够满足这种合法性的要求。在这一点上，贺卫方和我们大家是一样的。

但是，在这里面我觉得你有一个方法论进路上的偏颇。第一点，在事实与规则包括法律的基本关系问题上，我认为你有偏颇；第二个偏颇就是我们在论述的时候往往会以西方社会作为榜样，以自己的后发文明作为参照的时候，一切知识分子都不得不追问自己的文明。但是这是有问提的。下面我就具体说明。

第一，有一点你没有展开但提到了，就是没有良好的宪政发展就没有良好的经济发展和社会进步。但是我认为这个说法是有问题的，宪政的发展是社会发展的结果之一,是社会进步的集中表现之一。而不是因为先有宪政才有社会进步、社会发展，宪政的发展只不过是社会发展到一定程度之后的水到渠成的结果。所以先有事实，后有规则，规则只不过是源于事实，是事实的反映。这是常态，但是后发国家也是不是这样呢？也是这样的。后发国家同样是社会经济的发展在先，宪政的发展随之而来，所以这仍然是规则源于事实的一个东亚形式的展现。所以，我认为你把规则摆在前面把事实放在后面是犯了民主幼稚病。在这里面，你引了一个例子，是关于英国的法官的转型。我认为这是错的，这也很复杂，不及细言。但是有一条可以讲就是并不是英国的法官的先专业化以及法言法语形成之后的一套法律资质才造成了英国社会的转型。恰恰相反，是在英国里面贵族与平民、皇权等的斗争里面先有进步，在进步的同时，甚至是较为滞后的过程中才有职业的法学家的产生，所以这里面同样表现了事实在先规则在后这么一个东西。

第二个我认为有问题的地方就是方法论上的比较问题。你讲了四点，第一点独立的教会是宪政的前提；第二点宪政是建立在阶级斗争和阶级分化的基础之上的；其次是对私有财产的保护和专业化的兴起。我是心有戚戚焉。这里面我认为当你在谈到西方宗教的时候，这里面有一些背景性知识。不能说你对此不清楚，但恐怕你在解读的时候是有误解的。比如你谈到了原罪的问题，原罪的学说恰恰是和现代西方的民主、自由观念相抵触。后来的启蒙运动恰恰是对教会权力的反叛。另一个是普天之下人人平等，但是你忽视了一个基督教里面有一个关于选民的观念。我认为选民的观念不是构成宪政发展的因素，而恰恰是要对构成现代西方宪政的一切人文因素加以反对的东西。而且基督教的一神信仰恰恰是有专制性、排他性的，和现代西方的这个诉求恰恰相反，现代西方的民主观念正是对一神信仰的反叛，只有反叛成功才建立了现代民主、政教分离的情况。因此，我认为你在方法论进度上有这两个偏颇。

刚才卫方教授讲了五个指标性的因素：宪法的至高无上、对政府权力的限制，对私有财产的保护等等。然后卫方把它归结为一枚硬币的两面：限制权力和维护权利，我认为这都是相当经典性的表述。但是这些都是制度或者规则层次上的操作，忽略了一重要问题：不管是宪法的至高无上、对立法权和行政权的限制，规范的公开和恒定以及司法的独立都有一个至高无上的追求就是人间生活和人间秩序的公平正义。没有这样的追求，不可以想象一部西方宪法就可以达成理想。我有这些疑问既向卫方教授讨教，也想茅老师、张老师讨教。

包万超：从 1905 年我们明确要求宪法以来已经有一百多年了，但是我们都很清楚今天只有宪法而没有宪政，有法律而没有法治。我认为其中的根本原因在于宪政是一种文化，是基督教文化世俗化的产物，因此当人们把它引到中国本土来的时候就有可能产生基督教文化和本土文化的冲突。我认为正是在这个问题上贺卫方老师的切入点很对，如果说有什么不足的话，不是立论上的不足，而是论证材料和论证进路上的不足。我认为在论证中国宪政之路

时必须拿西方作为参照，尽管每个国家都有特色，但是我们的政府治理模式都面临着相同的两个问题：人的权利应不应当得到保护，政府的权力应不应当受到控制。我想对这个问题无论是在什么国家都不可能作出第二种解释。

中国的文化是等级的、一维的，在传统文化中一直就有一个最高权力中心：皇帝。俗话说王子犯法与庶民同罪，但却不说天子犯法与庶民同罪。因为天子是产生法律的，天子只受天意的支配。这种文化传统非常强烈，从而对宪政形成了抵抗。从康有为到孙中山，一直到现在的...，比如依法治国，但是是在党的领导下的。所以我觉得卫方教授的立论非常好，我们必须从西方的历史上来关照中国的问题。卫方教授讲了西方文化的四种特征，但是我觉得它的原发点都是宗教文化的差异，即使是对私有财产的保护也只不过是宗教问题延伸出来的，因此这个立论是很好的。

但是分析进路和材料是值得斟酌的。卫方教授提出来中国现在的宪政和法治有很多问题，但是引用的材料是老材料，比如法律必须明确、稳定。这个本没有错，但是中国现在的法律非常的空洞，以至成了政府的借口。我的博士论文是关于行政法的，在我读完国务院所有的行政条例之后发现法律只不过是办事的参考。法律是空洞的，比如关于新闻、影视、出版，条例规定违反以下八点的不得引进到中国来：违反宪法、违反善良风俗、有害社会风华的、宣传暴力的、对青少年有侵犯的、主题庸俗的。这就很好笑了，如果主题庸俗也写进了法律的话就意味着全国只办一份报纸《人民日报》，因为大家都跟着它抄的。之所以会出现法律的空洞化，一个是因为立法者的水平实在是太窝囊了。学经济学的人知道要使一部法律有效必须满足两个原则：参与原则和激励相容原则。参与原则说的参与法律制定要比不参与法律制定的收益要大，激励相容原则说的我人们不敢滥用权力。但是中国的法律基本上做不到激励相容，而且法律还有一种奖恶惩善的效果。比如中国的假货特别多，这是因为制度鼓励造假，造假得到的好处比被抓住受到的惩罚要大。又比如最高法院关于腐败的司法解释实际上是在鼓励大家腐败，一般来说一个法官出了问题之后会面临着几个惩罚：一个是通报批评；另一个是停止评先进的资格；扣发一年的奖金；调离本部门，这样的法律绝对是一个水平的问题。还有比如行政许可法，最后有一条是政府可以根据公共利益的需要颁发许可证，但是什么是公共利益呢？这是由政府自己来解释的。因此我们法律的漏洞非常大，几头大象同时走过去可以不碰着网。

我对贺老师补充一点的是中国的法律漏洞不仅是一个水平问题，可能公共选择理论比较适合解释中国立法水平之差。中国的政府不见得和西方的政府差多少，而差异在于他们关心自己利益的时候所面临的制度约束不一样。在中国，政府在行动的时候面临的制度约束非常少，所以它们能在选择的过程中通过立法来获取最大的利益。我考察过国务院 2000 年的所有规章发现 70%规定和设立了新的权力，而国家药品管理局从 1998 年起颁布的所有规章没有一部是合法的。为什么不是合法的呢？因为它不具有法律规章最基本的特点：规定权利和义务，在这里面规定都是审批、许可、惩罚权，国家药品管理局既是管理者，又是监督者，它既颁布法律又检查收费。在十八部规章里面只有五部稍微提了一下政府的责任，但是只规定了滥用权力会依法给于处分，至于怎么处分就没有下文了。22 部电信规章只有六部一笔带过责任，而且也是一样的模糊。对此，我认为从布坎南的公共选择理论来解释是非常好的，因为法律越模糊、越空洞，自由裁量权就越大。比如食品卫生法，里面规定有以下行为者主管部门可以处 500 元以上 30，000 以下的罚款，规则制定者的最大动机就是通过法律的模糊来获取权力的最大化和利益的最大化。

在引入公共选择理论之后，我将讲第三个问题。我认为贺老师的进路可能有职业的偏好，他特别看重司法的进路。这是没有错的，但是中国肯定跟西方有区别。西方的宪政运动从大宪章开始已经有八百年了，它的法律是有无数的法官、律师慢慢地积累起来的，在这个过程中司法是一个稳固的堡垒。但是我认为中国现在的问题还不仅是司法的问题，如果说法律是游戏规则，是规范政府和人民行为的话，那么我们的游戏规则是不清晰的。立法问题是政治舞台上最醒目的一幕，因为立法是分配和控制各种权利的。中国的问题在于中国政府是立法舞台上的导演、制片人和主演，而老百姓总是观众。立法总是关起门来进行的，政府利用这种垄断性制造了非常多的不合法，用不公平的法律去强迫老百姓遵守。这就引申出一句话来：假如说司法的不公污染的是公正的水流的话，那么立法的不公污染的是公正的水源。我认为今天中国的问题在于水源，水源都发臭了，但人们还在清理水流。当然这也很必要，但是我认为应该有一个先后之分。我们面临的游戏规则缺乏一种合法性，比如在宪法上我们强调党必须在宪法和法律的范围内活动，但是在序言里又说必须坚持四项基本原则。第二点，宪法里规定全国人民代表大会是最高的权力机关，但是要在党的领导之下，所以我们的整个法律文本是有问题的。因此我们必须要改变游戏规则，否则会出现一种后果：老百姓不和你玩了。这导致了一个很大的倾向：人们整体规避法律，在体制之外寻找均衡。因此中国今天必须要重新建立游戏规则，提高立法质量，要改善立法质量就必须使以前的观众成为演员，这就涉及到中国的宪政改革。

张曙光：下面进行讨论，为了使讨论更充分，每人限定五分钟。

黎鸣：我听了卫方的发言和两位评议人的发言是深受教育，在这里我想补充几点。卫方在谈到文化的时候容易让人们产生一种误解，就是说中国人必须完全的西方化才能真正走向宪政，其实卫方讲的不错，但是应该强调一点就是虽然文化不同，但是人性的个性永远要服从人性的共性。如果我们不注重人性的共性的话，我们就会忽略一个很重要的东西就是宪政不光是西方人需要的，东方人也需要。宪政的一面是限制统治者，另一方面是保护人民的基本权利，因此宪政是人性的共性。如果因为我想建立宪政就说是西方化就是不对的。这是补充的第一条。补充的第二条是卫方在理论上还需要有所斟酌、有所深入，在谈到这种理论的时候应该从最基本的人性的原则去分析。中国和西方这两种不同的制度差异产生的源头在于我们对待人性的不同态度上。西方人有两大传统，第一大传统是神学传统并且是一神论传统；第二大传统就是哲学传统，什么叫哲学？哲学就是爱智慧、爱理性思维。但是这两大传统恰恰是中国人最匮乏的，中国人有的是人学的传统，这种人学的传统一开始就堵塞了思维的发展。为什么这样说呢？是因为西方的哲学是从自然、从存在开始的。什么叫存在？存在是外延无限大而内涵无限小的一个概念，因此他讨论问题最简单、最容易定义，因为你讨论的东西都是存在。但是中国人是从人开始的，但是人是最复杂、最不能定义的一个概念，因为它的外延很小，但是内涵却很大，因此中国一开始就选择了最复杂的东西作为开点。这就导致了后来的问题。

蔡德诚：我对今天的主讲人、评议人表现出来的判断、学识水准感到敬佩。我赞成许教授对贺卫方的规则在前事实在后的批评意见，一个很明显的例子是美国这个国家就是规则在前而后引发了后来的历史事件，这个事例说明是可以“规则在前”的。第二点，我补充包万超先生的“我们的立法源头就已经污染了”的判断，我觉得这个判断是极其清晰的。为什么呢？我们可以注意一下现在都是各部门在立自己的法，他们都在维护自己的利益而根本不考虑全民的利益。所以我们国家虽然在进行不停地立法，但是源头就已经污染了。

张祥平：我听了包先生讲的公共选择理论，实际上也并没有否定许章润先生的规则在前、事实在后的批评。刚才提到了最高原则，但我认为群体延续才是最高原则，每一个群体、每一个民族都要在一定的条件下世世代代地延续下去。如果以这个角度来看问题就会要相对地清楚一些，贺卫方先生讲了去晒太阳没有危害任何人，但是危没危害任何人这个定义是不清楚的。在有些条件下就可能造成很多家庭的离散。

贺卫方：对不起，我想稍微说清楚一点。我不太理解如果一个老太太把两个手举向天空的这个事实怎么会危害别人呢？

张祥平：如果她要带上小孙女呢？小孙女如果这样，他的父母就会不同意，因为会影响高考。

因此，你至少是无法定义清楚的。既然你无法定义清楚，你就应该用一个最高原则去裁定它，就是是否危害了一定环境中的群体的延续。而我们中国人五千年以来是研究出来了一套办法来保障群体的延续。

蔡德诚：有这么简单吗？那么动物的延续怎么说？

张祥平；咱们这么多的环境保护主义者在干吗？就是要人类承认动物的延续权，因为你无权去消灭一个物种。而且蔡先生说的美国的宪政也并不是规则在先，因为美国的文明不是独立的文明，它和欧洲的文明是一体文明，所以它仍然是实践在先而不是规则在先。

许章润：我觉得今天在座的人不管是保守主义的还是自由主义的，但是在学习西方这个问题上是没有太大的区别的。我常常提醒自己的一点就是我们学习西方是不得不然，就像古希腊神庙上写的那样首先就是认识你自己，因此在这一点上没有差别，差别至多在进路上的不同。黎鸣先生说古希腊文明是以存在作为自己的研究对象，而中国选择了人。但是我们知道古希腊的一个最伟大的哲学就是认识你自己。第二个就是说人的外延很小而内涵很大，但是他一开始就说人性是普遍的。既然你认识不了人你怎么知道人性是否是普遍的，这是论证上的不周延。

汪新波；听了贺老师的这个讲座是深受启发。首先我是很捍卫贺老师提出来的这一套思想，而且我也认为评议人的挑战都是极其地精彩。我想把你们三位的观点串起来，首先宪法动力学的源头在那里。我认为贺教授一下就抓住了一个彼岸世界—神学，这个是不需要事实-规则之间的关系来反证的。一个更重要的问题就是彼岸的世界是很长生的，而尘世的世界是很短暂的。西方的源头是二元的，神学的世界和尘世的世界是分立的，这个二元的张力是推动人类发展的首要动力。第二点就是尘世的世界是如何推动理想的世界进步的，答案是科技。正是这些知识、科技推动了我们的认识，使我们更加接近理想的世界。因此科技把彼岸的世界和尘世的世界打穿了。

高放；今天的讨论很好，我对宪政也做过一点研究。我觉得今天的谈论有一个缺陷就是没有从经济的角度来看宪政的发展，宪政简单地说就是以宪法为核心的民主政治，这是在近现代化之后才有的，但是它的渊源可以追述到古希腊、罗马，我们今天的宪政就是古希腊、罗马宪政的重演。宪政的发展必须要和现代商品市场的发展联系起来观察，由于商品市场经济竞争需要一个规则，在政治上就需要有法律----宪法来制约各方的共同力量。凡是封建专

制比较深的国家，它的宪政之路都是很漫长的，而并不是所谓的基督教传统就有宪政。从基督教来宪政起源是一个方向，但是是一个很片面的观点。拿英国来看，英国的宪政之路是一波三折，最后以君主立宪制告终，法国经过多次反复建立起来了议会制共和国。德国、日本由于有封建势力的干扰，最后形成了二元制的共和国。所以走向宪政之路都是很坎坷的，不是一帆风顺的。一举成功的惟有美国，但是美国也是在商品市场经济发展起来之后才建立了总统制共和国的。在美国这样一个封建传统不深的国家如果没有像华盛顿这样杰出的人也是要走弯路的，所以，宪政一方面受制于商品市场经济，但是政党、领导人并不是没有作用。因此，我在我的文集里写了一句话就是"社会主义为什么经常出现悲剧呢？是因为无产阶级还没有出现无产阶级的华盛顿"。无产阶级的领导人一旦掌握了权力，总想搞个人集权，总想搞终身制度，用封建制度的东西来搞社会主义当然就要垮台。

社会主义的宪政本来是应该在继承资本主义宪政的成果基础之上的，但是社会主义在一些落后国家首先胜利了，一方面没有经验，另一方面是封建主义的渗透。因此对于宪政问题我们一方面要看到商品市场经济的作用，另一方面也要看到政党、个人的作用。

茅于轼：这三位讲的都很好了，我不是学法律的，也插不上嘴。我看到一个现象就是今天来的人是空前的多，是什么原因呢？一个是因为贺卫方教授的号召力，还有一个原因就是我们今天讨论的问题确实重要。为什么大家那么关系宪法，其实这还是跟自己有关系的，我们每个人都可以想一想自己可以对推进宪政有什么可做的事情。我觉得中国今天正处于一个非常好的状态，就是对宪政既有供给也有需求。需求是从那里来的？是从市场经济来的。没有市场经济的时候是没有对宪政的需求的，只有作为奴隶的需求。为什么有供给呢？我觉得供给还是从西方来的，在中国这个本土资源里头没有宪法观念的，中国只有皇权。中国现代化的 150 年其实是学习西方的 150 年，当然不是照搬，但是总的资源的供给还是在西方。我赞成贺老师的观点就是不要理想主义，理想主义失掉了一切妥协的机会，也就是包博士讲的"不和你玩了"。不和你玩的结果是很糟糕的。我今天的一个感想就是如何从现实出发来推进宪政的改革。

贺卫方：首先感谢各位对今天下午的这么一个粗浅的发言给予这么高度的关注，也提出了很多问题来启发思考，应该说很多问题都是终身研究的大课题。我归纳了一下有这么几个问题：一个是宪政的发生学问题，在历史的某个阶段可以发现一些决定性的力量，但是这些决定性的力量是在不停的变化的；第二方面涉及到中西文化的差别对宪政的影响；第三方面是历史对宪政发展的影响问题。我是不大同意历史决定论的，大家可以去研究一下台湾的宪政发展历史；第四个问题是包万超博士提出来的立法的重要性，我觉得在立法的过程中民主的因素应该得到更多的贯彻。我们现在的立法制度最大的问题是号称人民代表大会制度，但是实际上是和人民没有多大关系的。我再次感谢各位。

张曙光：今天的讨论就到这，谢谢大家的参与。

香港访书记

by 贺卫方

刚读到华琳介绍南京书店的大作，受其启发，将三年前旧作一篇贴在这里，到若有所思这里凑个热闹耳。

【贺卫方】 2001-10-30 20:17:31

九月里，应邀讲课香港树仁学院。此前虽有过一次访港经历，但行色匆匆，没有空闲逛书店。这一次，讲课之余，有了一些闲暇，加之树仁学院地处北角，离闹市区不远，逛书店就成了我在港期间很大的一个乐趣。尽管那里的书价较之国内高出一大块，然而在令人砰然心动的好书面前，从腰包往外掏银子的热情照例是一点儿不受影响的。

钱锺书爱好者的丰收时刻

我不是一个藏书家，在买书方面，大抵上是根据研究工作的需要以及某个阶段的兴趣而定，不会在某个主题下刻意追求完备。仅有的例外是对钱锺书和陈寅恪两位大家的著作，“求全责备”的倾向很强。例如，文革后出版的钱著以及杨绛先生的作品已基本收齐，甚至还利用出国的机会买到了《干校六记》的英文版（Six

Chapters from My Life“Downunder”,University of

Washington Press 和 The Chinese University Press,

1983）。我知道钱著在港台都有出版，但因为大多是数年前的事情了，因此并没有寄予太大的希望。

令我意外的是，此次访书，钱著居然是我最大的收获。先是在出售中外文图书的青云书屋买到了《七缀集》，天地图书有限公司 1990 年版。从书后所附书目，知道同一公司还出版了钱先生的其他文学创作。于是马上打听天地图书的所在，在湾仔庄士敦道的门市部里，一口气买下了《宋诗选注》、《围城》、《写在人生边上\人兽鬼》，由香港三联出版的《槐聚诗存》，以及由台湾书林出版有限公司出版的《谈艺录》，后者是意外中的意外。早在 1988 年，大陆报章就发表过钱先生为台湾版“钱著七种”写的序言，但是由于一水阻隔，大陆这边的人们却无法买到这些台湾版的钱著。这一次居然得来不费大工夫，买到了整整十年前在台湾出版的这部装帧雅致的大书，教我如何不喜出望外呢。一个得陇望蜀的念头是，如果今后有机会访问台湾，力争将这套名为“钱锺书作品集”——除了原计划的七种外，又增加了《围城》英译本 Fortress

Besieged——的丛书买齐。

假如只有钱锺书先生的著作，而在杨绛先生作品方面没有收获，或许仍嫌不甚圆满。几天后，在铜锣湾崇光商场后面的一家名为“都市田园”的书店里，果然买到了《干校六记》的台湾版，该书列为时报出版公司的“人间丛书”之一，竖排本，版心较小，高三十二开本，每页只排十三行，每行二十七字，天头、地脚都很开阔，插图拙朴生动。这样的设计风格，最能体现著名学者 Simon

Leys 对杨绛作品风格的概括——“杨绛……是那种笔调细致而富于包孕性的艺术家，她知道怎样用最简约的笔触以表现最丰富的意蕴。”

余英时著《陈寅恪晚年诗文释证》

在近年来大陆上的“陈寅恪热”的各种文字里，余英时先生的有关观点若隐若现，尤其是涉及到陈寅恪晚年诗文的释义方面，或许是因为余先生的观点不合时宜的缘故，我们往往只能从国内学者的引文里了解一二。冯衣北的《陈寅恪晚年诗文及其他》一书正是与余先生论战的产物。尽管冯著以附录的形式收入了余先生的一些文章，多少弥补了人们只能读到一面之词的缺憾，但是，迄今为止没有一家大陆的出版社将余先生这方面的全部文章结集出版，读者毕竟难以得见全豹，仿佛两造争辩于法庭之上，一方口若悬河，全无遮拦，而另一方却受到种种限制，法官以及旁听的人们只能听到他的片言只语，毕竟是很不公平的事情。

也是在都市田园，我买到了余先生的这本书。书的出版者是台湾东大出版公司，列为“沧海丛刊”之一，出版时间在 1998 年 1 月，是这次我所买各书里最晚近的一种。实际上，这是作者对于陈寅恪诗文以及思想作出的阐释文章的第三次结集了。在这个增订新版里，除了增订版序外，作者还专门写了一篇“书成自述”，对过去的四十年间由偶然的机缘涉足陈寅恪研究的来龙去脉作了一番介绍。我最感兴趣的是，他对大陆某些“新论说家”力图淡化陈寅恪的政治倾向，而以所谓文化的苦恋以及爱国主义来抵御和掩饰某种更深层次追究的做法所给予的犀利评论。另外，在本书里，作者力图重构陈寅恪晚年的精神世界以及价值系统与史学思想，与此同时，我们亦可从中理解作者本人的治史态度。

胡颂平《胡适之先生晚年谈话录》

在胡适生命的最后五年里，本书作者一直侍奉于左右，像学徒，秘书，助手，又是记录言行的史官。我们应该感谢胡颂平先生，给后人留下了这部堪与爱克曼的《歌德谈话录》相媲美的著作，并且与也是由他编辑的《胡适之先生年谱长编初稿》同时印行。

在这次买到的图书中，只有这一本是买到之后马上就细读一过的。该书由台北联经出版事业公司于 1984 年出版，书中所展现的胡适风貌给我留下了深刻印象。与唐德刚记录和注释的《胡适的自传》相比，这本书更侧重日常言谈，我们从中看到的是一个更亲切平易、幽默风趣的胡适。其中有传主不少对学术、世事以及人物的议论都很值得注意。例如文化愈到边区愈保守同时也愈粗俗，北宋的政治是中国历史上最好的政治，过分的爱国心易于演化为国家主义甚至法西斯主义，中国古典建筑不合实用，不如现代建筑实用而美观，孔子与老子思想平实亲切，绝无疯狂意味，等等，对于我们思考文化问题以及全面了解胡适思想都有益处。

当然，喜欢近世典故的读者读起此书来会更津津有味。胡适一生交际广泛，老来对各种人物不免有所品评，尤其是私下言谈，更少顾忌，读来颇广见闻。例如王国维与罗振玉的不同：“静安先生的样子真难看，不修边幅，再有小辫子，又不大会说话，所以很少出门，但他真用功。罗振玉就不同，身材高大，人又漂亮，又会说话，说起话来又有丰采。真漂亮！”例如谈冯友兰：“他本来是个会打算的人，在北平买了不少房地产。一九五零年在檀香山买了三个很大的冰箱带回去，冰箱里都装满东西，带到大陆去做买卖，预备大赚一笔的。”再如批评董作宾写字误学问：“我从美国西部到东部，差不多每一个熟人家里都有他的字，他

还有卖字的润格。如果他把这些写字的时间用作研究的工作，成就当然更多；现在病了，懊悔也来不及了。”

在读此书的过程中，不免想到，如果其他像胡适这样的“国之瑰宝”型的大学者、大思想家，都能有人对其言谈作经常的和准确的记录，那么思想史和学术史将会增添多么丰富和生动的史料。像黄裳先生曾就钱锺书先生所说的那样：“听钱先生谈天，是一种极好的享受。那真是咳唾珠玉，充满了机锋的。每常感到，这些精彩的谈话，不能加以记录真是十分可惜的事。是不是可以想法补救呢？我不敢说，只能提出一种希望。如有适宜人选，有领受机会，多少记下一二，使清言妙语不随风俱逝，那就太好了。”

海关遭盘查

除了上面这些收获之外，我还买到了几本自己的专业法学方面的英文著作，一本新近出版的《论语》英译本（译者碰巧正是上面我们提及评价过杨绛作品的 Simon

Leys）以及几本历史著作。当取道广州回北京时，背着沉甸甸背包又拖着一个箱子，也许有些形迹可疑的样子，于是受到了天河车站海关的盘查。

“对，就是你，过来，快过来！”

跟着那位脸色已经不太好的女官员来到通道旁的一个检查室。

一箱一包全部开了膛，书刊一本一本地检查。《争鸣》、《开放》各一册被没收，这类刊物或许是“榜上有名”的，两位女稽查官决定没收时一点都没犹豫。但是，另外那些书如何判断，就拿不准了。例如《围城》。

“《围城》？围什么城？钱锺书是什么人？”两位女官员小声议论着，似乎很为难。

我有些哭笑不得，又惦记着在外面接站的朋友，不免提高了声调：“小姐，连《围城》都不知道，你们这样的文化水平实在是不配干这一行。请你们快点，接站的朋友在外面等了半天了。”

“你这个人，怎么这样说话呢？对我们尊重点，好不好？我们也很辛苦，你知道么？再说，我们也不是刁难你，这两本不许入境的杂志不就是你带的么？还有，这一本是什么？”

我一看，原来是树仁学院一位学生送我的一本书：《回归后中港美观感》，是一位作者的随笔集。说老实话，这书我还没有来得及读，作者是什么背景也不清楚，只好让她们当场查一下。但是，两位女官员认为，因为这本书里有对董建华的议论，能否入境，她们决定不了，要由专门机关审查。

“什么时候能确定呢？”我问。

“一个星期后。”

“可是我三天后就要回北京了。这样吧，如果你们审查可以入关，请邮寄给我好么？”

“不行，我们没有这项业务。你可以请你在广州的朋友帮你取嘛。”

算了吧，我耽误不起这个时间，让朋友来取，来回出租车钱可以买几本好书了。心一狠，书不要了！悻悻然地走出天河火车站。

迎接我的是两位在广场上团团乱转，险些到电视台发布寻人启事的朋友。

1998 年 11 月 9 日燕北园

【若有所思】 2001-10-30 21:12:57

喜欢这篇文字，不是为做学问而写的，仿佛跟朋友促膝而谈般，娓娓道来，买了什么好书了，在哪里又淘到好书了，个中的乐趣，凡喜书之人，恐怕不会不会心微笑的。即使是无来由的被盘查，回味起来，也是一种有趣而令人感慨的谈资。

前不久，一个朋友跟我说起我们都极喜欢的一间小书店，这样形容：“我在一平方米内没挪窝已经将身上的钱买光”，相对大笑。

【一水寒】 2001-10-30 21:23:01

美文，美文！读来非常的享受。贺老师改行当作家都行。

【萧萧】 2001-10-30 22:38:20

读贺老师的文章，就象欣赏一首优美动听的歌曲，又象观看了一场令人回味的电影。

【民事法官】 2001-10-30 22:51:42

引用:

“我在一平方米内没挪窝已经将身上的钱买光”

这种经历我也有过，那种满足...........！

上传时间： 2001/9/28 文章来源：绿竹幽径

新年致读者 阅读次数

by 贺卫方

（本文系作者担任《中外法学》主编后为该刊 2000 年第 1 期写的前言）

寒风劲吹，细雪飘零，燕院里一片隆冬气象。时在农历己卯岁末——按照中国传统的历法，这只是六十年一循环中平常的一个冬季。然而，由于在近代化过程中，我们接受了基督教的历法，按照这种历法，己卯之冬乃是第二千年与第三千年相交替的时节。这一下就变得意义重大起来。冬月二十四日的晚上，包括许多中国人在内，全世界都怀着异常激动的心情迎接新的世纪和新的千年。历法之于人心，作用之大，实在超出了我们的想像。“时间是什么？”圣奥古斯丁无言以对。

也许，最令人感到时间流失的标志之一，便是那些定期出版，不断累计的各种连续出版物。当然，这里的计算时间的方法仍然是西方式的——从一到无穷多，一直朝前走，决不回头，也决不循环。这种时间观念肯定会让我们的古人大感困惑的。

《中外法学》的前身叫《外国法学》，1988 年起改为现名。作为北京大学法学院（及其前身法律学系）的刊物，在过去的十一年间，为我国的法学发展以及法律制度的改进作出了相当重要的贡献。俗话曰：“铁打的营盘流水的兵”，刊物的编辑何尝不是如此？在新的一年到来的时候，新的一届编辑部成立了。虽然各种工作大致上依旧按从前的方式运转，不过大家还是以能够从事自 2000 年起刊物的编辑工作而有一种兴奋感。我个人尽管曾经做过编辑，甚至当编辑时还有过某种厌倦心态，但此次“重做冯妇”，仍不免要好好干一番的决心。

经过认真的讨论，编辑部的成员们对刊物今后的编辑方针有了很多共识。大家一致认为，新的编辑部要把过去本刊以学术为重的传统继承下来并发扬光大。以学术为重意味着在选文以及编辑的各个环节上把学术水准的考量放在最重要的位置上。我们将坚持编辑立场中立的原则，尽管大多属学者与编辑一身二任，对某些问题有个人的观点，但我们强调不以个人学术观点取舍稿件。本刊由北京大学法学院主办，编辑均为本院教师，但这并非一份同人刊物，我们坚持园地开放，内外平等。我们在栏目设置上采取形式化标准，将所有文章分作“论文”、“评论”、“判例与研究”、“新书简评”共四类，并相信这是一种更为合理的划分。考虑到学术文章的性质，我们对文章的篇幅基本上不予限制（之所以说“基本上”，是因为超过 20 万字的文章确实碍难接受）。另外，我们将逐渐设计一套规范合理的注释体例，从而力求对我国的学术规范化有所贡献。

以学术为重也意味着我们追求与政治话语不同的学术话语。在改革开放以来的二十年间，一些思想解放的法律学人对“左”的法学观点进行过相当有力的抨击，对我国法学的发展产生了极大的推动。在肯定这样的历史功绩的同时，我们也要看到，法学作为一门独立的学科，

其重要的功能之一在于能够通过一套人为的理性和知识，将价值的追求化作技术的改善；要真正培育中国的法学，我们需要在法学固有知识的研究方面更大的功夫，使法学的知识——包括概念、术语以及原则等——与政治的或道德的知识发生明显的区分。法学自然应当关注和研究社会，也应当以社会秩序的改善为己任，但是关注不等于没距离，致力于改善秩序不等于只是一种工具。实际上，法学自治乃是法学具有力量的根基所在，而急功近利——无论是从哪个角度——只能使法学变成一种依附性的工匠之术。

以学术为重还意味着刊物对学术发展有更为积极的推进。一份学术刊物的编辑不只是一个来稿加工者。我们需要对法学的发展趋势有敏锐的觉察，并且富于开拓精神。陈寅恪先生曰："自昔大师巨子，其关系于民族盛衰学术兴废者，不仅在能承续先哲将坠之业，为其托命之人，而尤在能开拓学术之区宇，补前修所未逮。故其著作可以转移一时之风气，而示来者以轨则也。"（"王静安先生遗书序"）学者如此，编辑又何尝不如此？虽然为编辑者所作所为常被称为"为他人做嫁衣"，然而裁缝亦有高下之别；高明的编辑自能够得风气之先，使得刊物不仅仅是折射学术发展的镜子，更成为新理论、新观念得以发育、成长的温床。

当然，上述种种只是我们的追求，要实现这些构想，编辑们的努力固然重要，但广大作者和读者的支持是更重要的条件。在龙年同时也是新的世纪开始的时候，我们愿意将这些"好话"说在前面，诚挚地希望它们能够逐渐化作现实。

世纪之交与千年之交让我们有一种强烈的历史感。寒暑交替，时光流逝，刊物一期又一期地出版，世界在不停地改变。但是，对知识的渴望，对美好社会的向往，将永远激励着我们前行。

2000 年 1 月 8 日凌晨

转载自《中外法学》2000 年第 1 期。

http://www.china-review.com/execute.asp?path=/content_files/7hwf24.htm2000622/7hwf24.htm&luntantitle=新年致读者

上传时间： 2001/9/15 文章来源：中评网 本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

新闻与司法二题

by 贺卫方

一、大众传媒对司法的监督

目前，我国法治建设的重点已经由立法转向了司法，这样的转向是十分必要的。因为中国社会正处在建设社会主义市场经济的过程之中，过渡时期，社会生活的各个方面必然要经受深刻的和剧烈的变化。历史的经验表明，在剧烈变革的时代，立法由于层次高、程序复杂，往往难以及时地会应社会的变化，不大可能为各种新型社会矛盾的解决提供周到入微的方案。调和冲突、化解矛盾甚至在一定程度上创立规则的重任势必要落在司法机关的肩上。假如司法界由于自身素质上的缺陷而不能够胜任这一使命，或者由于腐败非但没有解决反而加剧社会的冲突和积怨，那么，可以不夸张地说，我们正在进行的改革大业是难以成功的。

任何权力都存在着腐败的趋向。由于司法权涉及人们切身利益，当事人力图对其施加影响，从而获得“损人利己”的结果，这本是人之常情。问题的关键在于，司法界是否有足够的免疫力抵御种种腐败的侵袭。要有这样的免疫力，首先是司法界自身要有足够高的素质和尊荣感，这当然离不开法官选任方面的高标准。其次应当营造合理的的制度环境，从而使法官们不至于因为抵御腐败行为而自身利益受到损失。最后，必须强化对司法权的监督，使得发生于法院这一神圣殿堂的任何腐败现象都能得到及时的揭露。在这方面，大众传媒将起到及其重要的作用。

近年来，各种新闻媒体对法院的监督力度已经有了明显的加大。这是十分可喜的趋向。但是，就我个人对目前司法界情况的了解而言，这种监督还需要进一步强化。由于我国的主流媒体是所谓“机关报”类型，媒体对本系统、本行业问题的揭露和评论不免要受到某些掣肘；当涉及到某些高级官员的时候，现行的新闻体制和相关管理制度的弊端尤为明显。记得前年河北省高级人民法院院长平义杰因为利用职权，长期占用企业高级轿车，将大量国家财产攫为己有，终于被中央纪律检察委员会开除党籍，并追究刑事责任。当时的各种传媒纷纷加以报道，引为反腐败之大举措。然而，平义杰的腐败行为持续非一年两年，如果我们的新闻界能够在其行为刚刚冒头之时便予以揭露，何至于让此类腐败分子在省院院长的高位上端坐数年之久，给我们的司法造成那般恶劣的影响！况且恶行冒头之际便加以揭露，实际上也挽救了平义杰本人。所以，新闻界对于司法官员——当然也包括其他官员——的腐败行为遮遮掩掩，或者不允许新闻媒体及时地揭露，表面上好象保护了那些官员，但最终却是把他们推进更可怕的深渊。

总之，新闻自由不仅是公民的一项宪法权利，而且它有助于维护各种官员的操守，有助于促进健康价值的弘扬，有助于疏导某些冤情，当然也就有助于维护社会秩序的稳定。

二、传媒监督司法的界限

传媒对司法监督虽然非常必要，也非常紧迫，但是，这种监督仍需要遵循一定的规则。上面我们说到近年来媒体强化了对司法的监督这一可喜的趋势，但是，媒体超越合理界限的情况也在所多有，同样亟待解决。

什么是超越了监督的合理界限？就是传媒侵犯了司法的独立，造成是传媒而不是法院对

案件进行审判的情况。我们看到，不少传媒热衷于对一些法院未审结的案件加以报道，在报道时丝毫不顾及所使用的语言、表达的情感是否足以造成法院不得不听命于传媒的舆论环境。例如，直呼犯罪嫌疑人为“罪犯”，把检方的指控当作实际发生的情况，无所顾忌地使用煽情的和各种带有倾向性的话语，等等。我们在前面已经说过，目前我国的传媒以“机关报”类型为主流，因此具有浓厚的官方色彩。不仅如此，传媒的报道又经常导致高层次领导人的批示，批示下来，党政各部门便要紧急动员，“高度重视，限期解决”。另外，跟西方一些国家法官享有终身制特权的情形不同，我们法官的交椅是很容易被端走的。所有这些，都进一步加剧了法院在审判那些已经被传媒广泛报道过的案件时所承受的压力，有时只能听命于传媒，导致某些案件无从得到公正的审理。

当然，就目前中国的法官素质来说，传媒对某些案件的监督是有助于司法权更公正地行使的。尤其是涉及某些权力部门或豪强人物的案件，小民百姓的利益受到侵犯，在司法机关里得不到公正的解决，甚至压根儿告状无门，情急之下，投书传媒，记者仗义直言，揭诸报端；领导人见报也怒不可遏，愤笔批示。巨大的压力之下，司法机关不得不公正而迅速地加以解决。不久前，传媒报道过的两起案件或许可以说明这一点。一是内蒙古普通职工邓成和诉包头市邮电局案，一是郑州市的张金柱案。我很赞成一篇作者署名“红枫”的文章（“张金柱的哀叹”，见《南方周末》1998 年 2 月 13 日）所表达的观点，即如果没有传媒的参与和报道，法院能否公正地审理张金柱案是大可怀疑的。邓成和案也是在不止一家传媒报道之后，自治区高院才作出裁定，判这位为讨公道而付出沉重代价的邓成和胜诉。

不过，中国如此之大，我们的记者再敏锐、再能干，能够得到传媒关注的案件也毕竟极其有限。我们无法在每个法院都派驻记者作近距离监控。况且还有些报道所采用的方式甚至表达的观点还有相当严重的问题呢。以轰动一时的四川省夹江县所谓“造假者状告打假者”的案件为例。中央电视台“焦点访谈”的报道用了“打假者上了被告席”作题，仿佛打假者永远正当，打假过程中违反法定权限，或手段违法，公民或法人也无从申辩。该报道又营造了一边倒的气氛，把一个相当复杂的法律和程序问题变成了一个是非分明的道德问题，造成了相当的负面影响。

实际上，如果从制度建设的角度看，我们可以发现，涉及权力部门或豪强人物的案件之所以在法院中难以得到公正审理，与其说是传媒监督不够，不如说是因为法院以及法官不独立。在现行的体制下，法院在人财物诸方面都依赖同级政府。如果法院在司法过程中一味地严格依据法律，不惜开罪政府部门或其他权力机构，法院院长的官位还能保持多久就很难说了。汉密尔顿有言：“就人类天性而言，对某人的生活有控制权，等于对其意志有控制权。”据我观察，我们的许多法官以及法院院长都具有很好的专业素养，并且极富正义感，但是现行的这种制度安排实在是令他们徒唤奈何。司法的不独立，使得法院不得不屈从权势；屈从权势的结果又加剧民众和传媒对司法的不满，不断削弱司法机关的公信力，从而又使司法机关的地位更加低下。这种恶性循环不停止，依法治国将真正是托诸空言了。

原载《中国改革报》1998.2.20

上传时间： 2001/9/15　　文章来源：《运送正义的方式》

刑讯逼供为哪般

by 贺卫方

刑讯逼供素为我国法律所禁止，刑法规定了专门的罪名，刑事诉讼法也列有专条。然而，法律条文不等于法律生活的事实；从传媒的报道中，我们还是可以知道，刑讯逼供的事情时有发生，而传媒所揭露出来的事件大多是闹到死人程度（例如 4 月 24 日本版刊登的题为"一桩出自公安局的命案"的报道所披露的事件），有关部门难以收场者。其他一般刑求行为恐怕要算是冰山水面下的部分了。

我们有必要探讨一下，刑讯逼供屡禁不止的症结究竟在哪里。证据法方面的问题是我们比较容易发现的。嫌疑人抓获后，如果缺少能够证明案件事实的人证物证，那么，嫌疑人自己的口供就成为唯一可以证明案件事实的证据了（尽管我国法律规定不能仅仅靠口供定罪，但口供仍然是重要证据，而且通过口供往往还可以获取其他证据）。我们知道，任何已经发生的事情都是过去时态，许多犯罪者又十分周密地对真相加以掩盖，杀人者毁尸灭迹，越货者移赃无痕，更有一些作案者制造假象，移花接木地把侦查人员的视线引向无辜者，使得侦查成为极其艰难的任务。还有的犯罪人，只要不是犯罪时被当场抓获，便抱着侥幸心理，能不招则不招，令侦查人员无计可施。有什么办法能够让嫌疑人乖乖地招出犯罪事实呢？

其实，方法很简单，那就是利用人性中趋利避害的弱点，让他在抗拒不招与为此而付出更惨重代价之间作出选择。重赏之下，必有勇夫；重刑之下，要啥有啥。当一个人被折磨到了"生不如死"的境地时，侦查者所希望的口供便容易得到了。于是，案件告破，办案人员为之欣庆不已。因此，我们可以得出结论，过分重视口供的证据法可能会起到鼓励和怂恿刑讯逼供的效果。

钱锺书先生在谴责刑讯逼供时曾引用古罗马人巧妙的说法："严刑之下，能忍痛者不吐实，不能忍痛者吐不实。"其实，这种说法只对了一半；很多情况下，通过刑讯，的确可以使某些真正的犯罪人由于不能忍痛而吐实。因此，刑讯逼供之所以必须加以摈弃的合理依据，并不在于它对案件的调查不能提供帮助，而在于它破坏了民主制度下政府权力行使的合法性基础，即政府不仅应当追诉和惩罚犯罪，以保障和平的社会秩序，而且追诉和惩罚犯罪的过程也必须合乎法律。如果以违法的方式行使权力，那么便是在既有的罪恶之上增添了新的罪恶，并且，与任何个人的犯罪相比，行使政府权力者的犯罪都是一种更加严重的犯罪。用刑讯逼供的手段追诉犯罪，即使在某些案件的侦破方面卓有成效，然而与政府人员犯罪所带来的负效应比起来，恐怕只能算是"赢了猫儿赔了牛"。

不仅如此，法律明文规定的禁令不能得到有效的遵循，"不打如何肯招"式的审讯哲学的流行，更表明我们这个社会中人的尊严经常受到侵犯的可怕事实，表明人道主义精神在我们这里的匮乏。一个人，即使是触犯了刑律的人，他的人格和尊严是应当受到保护的。如果一个被带到"局子"里的人，总是难免劈头盖脸的"一百杀威棒"，接着便是如湖北郧县公

安局的警察们所做的那样，让嫌疑人戴“大背铐”,“用木棒打，用脚踢”,“拽头发、打耳光、敲鼻梁”,“长达 60 小时不让吃饭、不让睡觉、不让喝水”，如此对自己的同类肆虐，刑讯者的心灵到底出了什么问题？按照孟子的说法，没有恻隐之心者便与禽兽不远了，可是你几时见过虎豹豺狼对待它们的同类像郧县的警察们对待张明波这般凶残？

《老照片》第二辑里收入刘德增先生题为“关于凌迟”的文章，附有一张令人不忍卒读但却弥足珍贵的照片：一个人正在被凌迟处死，许多人在围观。这种把人用三千馀刀割死的刑罚在我们这个文明古国里实行了千年以上，而它的废除至今尚不到百年。我们不免要对中国的人道主义者们说一声：“仁以为己任，不亦重乎！”

转自中评网。

http://www.china-review.com/execute.asp?path=/content_files/7hwf17.htm2000622/7hwf17.htm&luntantitle=刑讯逼供为哪般

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《运送正义的方式》

修宪与宪法实效

by 贺卫方

正在召开的全国人民代表大会将对我国现行宪法进行修改，这引起了海内外媒体的广泛关注。据国内一家报纸引用一些外国通讯社的报道和评论，西方国家的记者对这次修宪给予了相当高的评价，尤其是对中共中央所提修宪建议中对改革方向的进一步肯定，对私营企业地位更明确的保障，对依法治国作为治国方略的清楚确认，等等，都受到了好评。

修宪在我们国家政治以及社会生活中可谓兹事体大的重大事项，如何使得宪法真正反映人民的意愿，并显示社会发展的水平，并为今后的制度演进提供合理的空间，这些都是对立法者智慧的考验，同时也理应得到国人更高度的关注和更广泛的讨论。个人浅见，除了已经提出的建议之外，宪法第 101、104 以及 128 等涉及各级法院院长和法官由同级人民代表大会及其常委会任免，以及法院向同级人民代表大会负责的条文，就属于可以斟酌修改的规定。随着我国法制建设的日益深化和市场经济的迅速发展，法院地方化所产生的地方保护主义弊病愈来愈明显。近年来，中央领导人以及最高法院几届院长都对这种司法的地方保护主义多有批评。然而，法院院长和法官由同级人大任免，实在是无法避免地方利益对司法行为的影响，它必然导致在一些涉及跨地区经济纠纷中法院无从保持中立，本来只是国家设在地方的法院变成唯地方马首是瞻的当地法院。单纯通过教育整顿，一味地要求法官“贫贱不能移，

威武不能屈”，恐怕是难以奏效的。如果全国的法官均由全国人民代表大会及其常委会任免，或者至少由上一级人大任免下一级法官，则地方权力机关通过人事任免的权威干预司法的可能性就会得到极大的抑制，不同地区法院之间为同一案件争夺管辖权的情况必会大大减少，异地打官司的当事人也就不必满腹狐疑了。

当然，我们不应该寄希望制定或修改出一部完美无缺的宪法。用人类语言写出来的宪法不可避免地具有人类语言的先天缺陷，那就是，含义有时会模糊，有时可以作多种解释。例如，现行宪法规定“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。”这里的“劳动”具体的含义是什么？作为权利，什么情况下，一个公民可以指控他人侵犯了他的劳动权利？作为义务，怎样的行为算是违反了宪法义务？再如，宪法规定，全国人大常委会组成人员中“应当有适当名额的少数民族代表”，“适当名额”是多大比例？一个加入中国国籍的犹太人是否属于这里的“少数民族”？如果指望宪法完全避免这样的模糊之处，恐怕是超出了人类能力的奢望。不惟此也，一定程度的模糊还会给宪法带来更强的适应性，不至于情况一变，宪法就要跟着修改——变化太过频繁的法律总是难于树立高度权威的。

此外，很重要的一点是，宪法要有权威，离不开它在实际生活中实实在在的效力。没有实效的宪法只能算是一个政治宣言，而不是法律，更不是根本大法。从宪政发达国家的经验看，确认宪法效力最有效的途径莫过于允许公民或法人提起宪法诉讼。举个例子，我国宪法规定，任何法律和法规都不得与宪法相抵触，否则无效。可是，怎样确定一个具体的法律法规条文是否违反宪法呢？最好的办法是，利益受到相关法律法规实施影响的人向法院——有的国家是一般法院，有的则是为审查立法及政府行为合宪性而设立的宪法法院——提起诉讼，由法官对法律法规加以严格的审查，如果认为违宪，将宣布有关条文无效。这不仅能够使得宪法的效力落到实处，而且也有助于我国的全部法律法规真正成为一个逻辑严密、局部与整体之间丝丝入扣的法律体系。

从前，梁启超曾批评中国的传统法律秩序，说“第中国之律例，一成而不易，镂之金石，悬之国门，如斯而已。可行与否，非所问也；有司奉行与否，非所禁也。”如今我们要建设现代中国的宪政秩序，需要宪法有镂之金石般的权威和稳定，也需要有可行性，需要确保有司的严格奉行。

1999 年 3 月 4 日　燕北园

转自中评网。

http://www.china-review.com/execute.asp?path=/content_files/hwfxxyxfsx22.htm20010103/hwfxxyxfsx22.htm&luntantitle=修宪与宪法实效

上传时间：　2001/9/15　　文章来源：《运送正义的方式》

徐忠明《批评与思考》序

by 贺卫方

相关图书: 思考与批评：解读中国法律文化

在过去的十年间，学术规范化问题得到了中国学界的越来越强烈的关注。大家公认，学术的健康发展固然需要具有原创性的研究，同时也离不开公正、严正的学术批评。不过，一个令人略感尴尬的情况是，尽管迫切的呼唤不绝于耳，但是，严肃的学术批评却是千呼万唤难出来。以学术书评为例，一般期刊发表的本来就不多，偶尔见到一些却多半是捧场帮闲式评论，写作的格局不外是首先是选题独到，其次是观点新颖，再次是材料翔实，最后是瑕不掩瑜。这类八股式书评除了对于相关著作的作者评职称、得奖金有价值外，对于学术研究的可以说是了无推进之功。

当然，严肃的学术批评本身并不应当“得来全不费工夫”；评论家的差事很可能是吃力不讨好的。好的学术评论家必须是相关领域的专家，对于所批评的著作在学术史上的地位与价值有准确的把握，对于新的进步－－哪怕是些许进步－－能够体察入微，对于缺陷尤其是那些作者试图掩饰的缺陷能够洞若观火，仿佛老吏断狱，直逼人心。在这个意义上，评论家可以说是被评者的诤友和畏友，他所做的工作将不仅仅帮助了被评者本人，而且对更广泛的学术发展起到了推进的作用。

专家之外，评论家最重要的品质是公正。这又离不开对被评者的立场以及学术进路和方法的理解。我们常常听到一些被评者发牢骚，说批评者根本没有准确地理解甚至完全误读了他们的作品。建立在误读基础上的评论不只是让被评者受委屈，更要在价值上打折扣。不过，仔细想来，作为一种文本，任何作品一旦发表，便有了自己独立的生命，其意义的解释不再是作者能够垄断的事情了。既然作者“死掉了”，我们便需要在文本与读者之间的关联中去把握作品的意义。当然，将这种“接受美学”的评论观推向极端也未必妥当。“子非鱼，安知鱼之乐？”反驳者说：“子非我，安知我不知鱼之乐？”机智固然机智，可是，人和鱼毕竟不可等量齐观；文本作者是人，读者也是人，通过对作者发论背景或语境的深入研究，通过文本结构及意义的分析，与此同时又时时对自身立场加以反省，我们可以得到某种确定性。（也许，我该在这里插上一句，剃人头者也须被人剃头；评论家的评论文本也要接受评论。从一个更加长远的视野观察，最公正的评论者是时间。当时好评如潮未必能够保证作品的好运持久，同样，不被评论家看好的作品也可能成为真正的经典。历史上这样的例子实在是多得很。）

优秀的评论家还要能够超越世俗功名。在一般对评论甘苦不甚了解的人看来，评论家是一个附着于作品或作者之上的鉴赏力高而创造力低的群体。这种错误的观念也反映到了我们的学术制度上。在今天的学术评价标准方面，就存在着严重的形式化、表面化倾向。例如，一个谋求职称升迁的人便要善于将学术产品打扮成符合学术评价标准的模样，它们应当是专著、论文等等，但书评却不属于这类成果。所以，直言的书评作者往往既得罪了被评者，又没法在自己的学术称盘上增加筹码，仿佛莎士比亚笔下把钱借出去的人，不仅收不回本钱，

而且也失去了朋友。这种“以貌取人”的所谓学术成果标准实际上是非学术化的，因为好的评论不仅仅是一种鉴赏，更包含着创造。由于有了非学术化成果标准的背景，这种富于牺牲精神的创造显得尤其显得珍贵。

在我国法学界，本书的作者徐忠明先生是最热心书评写作的学者之一。徐先生以中国法律史和中国法律思想史为教学和研究领域，但是他是那种眼光开阔的学者，法律之外，他对于历史学、社会学、哲学以及文学批评等人文学科与社会科学都具有广泛的阅读和精湛的思考，并且特别善于汲取其中合理成份用于法律以及法律史的研究。他的评论具有专家的深度，显示了把握受评对象思想与学术背景的才能，并且寓创造于鉴赏之中。通过这些评论，我们不仅可以更好地理解被评者，而且也能够看到评论者自己的思想与学术追求。这些评论散见于不同刊物，如今作者将它们董理成集，付梓行世，是一件令人欣庆的事情。作者又命我作序，屡辞不获，终于写下了这样一篇不大合乎规范的序文。佛头著秽，惶恐不安之至。

就算作序吧。

http://chinalawinfo.com/fxsk/YDSG/reviewcontent.asp?fid=15073

上传时间： 2002/4/29 文章来源：北大法律信息网

序《言论自由的反讽》

by 贺卫方

《言论自由的反讽》

欧文·菲斯著，刘擎、殷莹译

广西师范大学出版社即出

菲斯教授的这本篇幅不大却拥有十分重要的地位的著作终于要出版中译本了，相信许多关注言论自由以及相关制度建设的读者都会为此感到欣庆的。

回顾起来，在跟言论自由相关的领域里，我们已经有了不少经典著作的译本，例如密尔顿的《论出版自由》，密尔的《论自由》，米克尔约翰的《表达自由的法律限度》，美国法院的一些与第一修正案有关的判例也越来越多地翻译过来，连同一些法官的传记，以及不久前出版的一位中国学者关于第一修正案的大部头专著等，让我们对于言论自由及其宪法基础有了更为广泛的了解，同时，也使得本书的中译本变得特别迫切。

之所以这样说，是因为菲斯教授在本书中提出了关于言论自由的一种相当独特的理论，自 1996 年出版以来，这种新理论一直受到法学界和司法界的广泛关注。作者针对在相当长的时间里占据主导地位的学说提出了一种近乎激烈的反对见解。按照那种他称之为“自由主义”(“libertarian”)的传统解读，第一修正案所要保护的就是个人的自我表达，同时这种保护的另一面也构成了对于政府的严格限制。这是可以通过对于第一修正案字面看得出来的(“国会不得制定有关下列事项的法律，即确立一种宗教或禁止信仰自由；限制言论自由或出版自由；或限制人民和平集会以及向政府请愿的权利。”)。因此，自由主义派的解读似乎具有勿庸置疑的正当性。然而，菲斯教授根据他对于这种解读在政府以及司法实践所造成的效果的观察，认为第一修正案的含义不应如此；保证个人自我表达固然重要，同时也必须把宪法所追求的目标正确地界定，那就是拓展公共讨论的空间，从而使普通公民能够对于公共事务以及围绕着这些事务的各种主张的含义有更准确的理解，并充分地追求他们的目标。

在菲斯教授看来，一味地放任每一个人自由地表达自己，并不能带来社会中各种成员获得平等地表达自己的机会。通过对于仇恨言论、淫秽出版物以及竞选捐款等领域言论现状的分析，作者认为自由主义派的言论自由反而带来的某些群体(如有色人种、妇女、穷人等)没有能力或机会发出自己的声音。这也就是作者所谓的言论自由的“沉寂化”效应———以自由始，以压制终；播下龙种，收获跳蚤，难道说这不是一种反讽吗？

这样，寻找一种能够解决这一悖论式难题的机制或力量就成为逻辑的结果。菲斯教授这位被人们称赞为“博学而温和的作者”(a learned andtemperate writer)开始一种果敢的论证：那种把国家视为自由的天敌(natural enemy of freedom)的观点显然是以偏概全了。在某些情况下，国家完全可以成为自由的朋友，因为它可以通过分配公共资源——例如对公共基金的适当分配——改变沉寂化效应。一个形象的比喻是国家可以发放扬声器给一些弱势群体(disadvantaged groups)，从而让他们的声音能够广为人知。作者甚至主张，在某些情况下，政府可以为了使得某些声音被听到而让某些人沉寂。尽管在过去的年代，也有不少论者认为第一修正案禁止国会制定限制言论自由的法律，并不意味着包括立法机关在内的政府不能采取积极的措施以增进言论自由，但是，公然主张为了一部分人的自由得以行使而“压制”(当然，作者肯定不会赞成使用这样的词汇)另一些人，正如本书出版后一些评论所显示的那样，这样的观点自然会引起人们的警觉甚至激烈反弹。

不管怎么说，菲斯教授在本书中对于在言论领域中国家角色这种变化的必然性所进行的复杂论证是值得我们关注的。由于自己对于美国宪法言说特别是一些具体案件处理中不同法官之间观念之间的微妙差异缺乏深入的把握，这里很难作出一些准确的概括。大致而言，作者认为 19 世纪个人主义学说导致了对于限制政府权力的毫不犹豫的要求，但是，今天我们不仅需要自由，也需要平等。事实上，1954 年的布朗诉教育委员会案已经吹响了走向这两种价值的平衡的号角。为了能够使得平等真正成为法律秩序的中心支柱之一，作者努力调和它与自由之间的紧张。在他看来，如果以一种民主的视角解读宪法，那么两者之间并不是对立的；对于言论自由保障的第一修正案，同样可以用来增进平等。作者认为，正是对于第一修正案的伪自由主义的见解，导致最高法院在所谓“内容中立”(content neutrality)旗号下判决言论自由案件，并因此导致了对民主制度的伤害。

值得注意的是，作者在强调平等的价值的同时，也力求保持一定程度的平衡。他并不赞成某些女权主义者过分张扬平等价值的主张，认为这和极端的自由主义见解一样是不可取的。

此外，在全书的结论部分，作者也显示了某种开放性。或许可以作出这样的理解：国家既可以成为自由的敌人，又可能成为自由的朋友，这一事实要求我们采取有效的措施努力使国家权力的运行有益于言论自由。不过，在我看来，这里同样存在着一个悖论式的困境：在采取这种种措施让国家成为言论自由的朋友的过程中，潜在的防范心态却不可避免地伴随其中，只有敌视的姿态才能获得友善的结果。在这个意义上说，作为敌人的国家乃是我们无法离开的，而作为朋友的国家却也是我们必须时刻警惕的。

不消说，本书的论述所针对的是美国的状况，简单地将菲斯教授的结论用于中国可能会出现某种类似“直把杭州作汴州”的时空错位。在过去的二十多年间，中国在言论以及其他表达空间方面得到了很大的拓展，“依法治国”的话语也获得了空前的正当性。不过，司法在如何保障宪法所规定的新闻出版自由等权利方面是一个重大课题，国家权力的法律限制仍是一个重大的课题。因此，在吸收当代西方的各种新理论和思潮的同时，我们也许不应忘记，中国在通向法治国家的道路上还刚刚起步。

上传时间： 2005/4/23 文章来源：南方周末

学术通信一封

by 贺卫方

按：这是我给一位台湾研究大陆法律制度的博士生的一封信，主要是对他的学位论文的初稿提了些意见，其中或许有点法学方法论的思考。贴到这里，聊作对法律方法论版开张之祝福。贺卫方

：

抱歉的是，我的这封回信拖了这么久。俗务缠身，头绪太多，很少有大块时间用于细心的阅读，因此，对大作的阅读时断时续，我作为读者的思路也很不连贯。昨天总算读完了。现在可以给你写点自己的读后感了。

能够在那么繁忙的的情况下写出这样一篇博士论文，对于你来说是很不容易的。我觉得，这篇论文引人注目的优点有这样几个方面：一是文章以法律移植为基本线索，对大陆过去半个多世纪的法律发展和法制建构作了全方位的考察。中国作为后发型的国家，同时也是一个法治传统相当薄弱的国家，从法律现代化一开始，便与对域外尤其是西方法律的引进具有不可分割的和千丝万缕的联系。历史表明，凡是与外部联系频密的时期，都是本国相对重视法制的时期；而每当法制建设陷入停滞的时候，肯定便是国家封闭的时候。另外，对不同法系以及不同模式的选择也经常可以折射出国内法制建设所遇到的特殊问题或难题。例如，一九

九零年代大陆法律界对英美法系的对抗制诉讼模式的浓厚兴趣便与中国司法制度所遭遇到的诸多难题有密切的关系。所以，选择这一视角，运用得当，的确可以起到抓纲带目，全方位地展现大陆制度演变状况的效果。

第二个优点是，文章显示了你对此间法律制度以及法学言说的娴熟的把握和运用。这是你在这里多年学习生活所得到的一个优势，这种优势是那些隔山买牛式的研究者所难以拥有的。一个外部人（outsider）固然可以根据一些文字的资料对另一个地方的法律发展作些讨论，但是正所谓纸上得来终觉浅，他的论证以及结论或不免具有太多的臆说和想象的成分，而难以切中要害。在读大作的时候，我没有任何隔膜的感觉，文章对大陆法制建构尤其是晚近的十多年来制度发展的叙述和分析都给人一种轻车熟路之感。这是极为难得的。（当然，对于一个台湾人而言，大陆或许不完全是一个 the

other；相互之间在文化的各个方面还是有许多令人“会心不远”的相似之处。）

论文的第三个优点是，力求运用一些新的理论对大陆法律秩序的建构作出解释。其中有比较法学家们就法律移植所提出的理论，有韦伯就法律职业的形成和社会作用的学说，有福柯的知识/权力/技术学说，也有伯尔曼的法律革命与法制建构关系的论说。对相关理论精湛的掌握和熟练的运用是博士论文不同于更低层次论文的主要特点之一，你在这篇文章中是体现了这样的特点和追求的。

说过了优点，该谈谈我觉得不足的地方。正像你上次电话里讲的那样，王泽鉴先生和苏永钦先生所提出的文章的叙事姿态或立场的确是一个比较重要的问题。对此间法学话语以及政治话语的捻熟固然是你的优势，但是，对于一个研究者而言，如果失去了与研究对象之间必要的距离，那种优势便很可能转化为劣势。在论文的不少地方，读者或许会对你的叙事姿态发生困惑，例如页 50 和 99 对意识形态与经济基础之间关系的论述，同一页对大陆初期法律功能偏差的论述，58-60 对 54 宪法的分析，另外还有多处分析和论述，都给人一种研究者与作为对象的另一种言说之间“物我两忘”、浑然不分的感觉。经济基础与意识形态之间关系的决定与反作用的观点，甚至这样的概念本身都具有浓厚的马克思主义色彩。它是一种自成一体的理论，如果你接受了它，那末就应当把这种理论贯彻到底。然而，从文章的基本主张看，当然也从我们之间的交流看，你并不是一个马克思主义派的学者，可是为什么要在这里把基础与上层建筑学说，尤其是经济基础决定上层建筑的理论当作不刊之论加以使用呢？

我这样说，并不是说马克思派的学说不可以作为对某个问题或某种现象的解释工具，而是觉得你需要让读者知道你与你所引用的理论或学说之间的关系究竟如何，从而对你的立场以及你的研究在学术史上的位置有一个清楚的把握。

不仅如此，我上面说的文章在理论追求方面的特色也存在着某些缺陷，主要的问题是在运用若干不同的理论时，需要对其中的差异甚至对立有清楚的把握，以免把语录式的片段话语按需使用，导致不同主张之间混淆不清，最终反而使研究丧失了理论上的价值。

因此，这篇论文需要改进的地方之一，是要将某种理论作连贯的运用，其他学说的引用应当作为证伪的对象。例如，你认为法律移植可以成为在一个法治传统稀薄的国度里建构法律秩序的有效手段，那末你就要对与之相反的某些主张加以反驳，而应当避免既引用这一派

学说，又把另一派学说中与之看起来相近的只言片语也引来作为依据。实际上那样的只言片语在那一派学说的语境里有着完全不同的意义。《吕氏春秋》讲，“疑似之迹，不可不察”，值得我们警惕。

我觉得有几个地方你的论述已经触及到富于理论价值的问题，也显示了你的理论敏感，但大多没有深入的开掘。例如，页 237 谈及大陆在宪法层面上反对三权分立，因此“西方意义上的司法独立在大陆尚无适合的生存气候与相应的土壤。不过当今大陆法院据以作出判决的法律依据却是多以西方的逻辑与伦理标准为支持的。但是我们还必要注意一个现实：大多数大陆人并不运用西方的法律思维来评价大陆法院的判决，他们往往以其固有的中国思维逻辑和传统理论[伦理？]标准评价判决，促使大陆法院与人们之间存在着隔阂。”这一段话里包含着许多值得进一步追问的问题：不搞三权分立是否意味着就无法确立“西方意义上的司法独立”？你的观点本身就需要论证，接下来，当今大陆法院果真多以“西方式的逻辑与伦理标准”作为其判决的支撑么？我们需要对所谓西方式的逻辑和伦理标准作分析，同为西方国家，美国法官的逻辑与法国法官的逻辑是否一致？民众对司法的评价或许在任何地方都与专业人士的评价在标准上都有差距，那末在我们这里的差距与在西方国家的差距之间又存在着怎样的差距？为什么会有这样的差距？怎样的差距是一种合理的、有助于法治的差距？还有，所谓固有的中国思维是怎样一种思维？在社会分工越来越发达，社会分化越来越明显的今天，国人的思维方式是否也处在变化之中，是否也会逐渐分裂？法院如何在因应这种分化或分裂保持在全国范围内司法决策的统一性？市场经济的发展会对司法决策及法院所处的社会环境带来怎样的影响？同样处在变化中，司法与民众的法观念之间会出现怎样的互动？我觉得这些问题未必都能展开分析，但是，至少应当在行文中显示出作者对这类问题有相当的理论自觉。

还有一些问题，诸如在一个高度压缩的时间段里要确立法治秩序的正当性所面临的制约条件是什么，来自不同法系的制度之间在移植的过程中如何兼容匹配，制度形成过程中积薪般的渐进努力（这是你在文章中认为 49 年以后不断的社会“断裂”造成无法形成这种积薪效应）与偏于剧烈方式的制度建构努力之间到底是否存在着某种互补的可能性，民主基础上的法律秩序建构是否会反而产生某种反法律移植的效果，这些问题都可以成为本文绝好的理论增长点。

文章在技术问题上也有几点值得改进的地方。整个论文的跨度还是显得太大了，有点面面俱到，有些地方就难以深入。例如第六章，似乎是将台湾作为大陆近二十年来法律移植的一个对象个案，然而有些蜻蜓点水的感觉，并没有深入地对其中过程和途径等作细致入微的分析。其实，在我看来，台湾法律以及法律学说对大陆的影响本身就可以成为一篇优秀博士论文的题目的。现在这样的写法多少有点可有可无。

写得不短了。千虑一得，或许这些看法对你修改论文不无小益。实际上，我从阅读中也学习了不少东西。谢谢你给我这样一个光荣的机会。

2002-3-14 10:43:58 于

HREF="http://law-thinker.com/club/list.asp?boardid=16";

TARGET=_blank>法学方法论 主题论坛

上传时间： 2002/3/14 文章来源：[法学方法论]主题论坛

寻求制度形成的契机

by 贺卫方

虽然大名早已是如雷贯耳了，但是我却不曾有跟本书作者、江西省高级人民法院院长李修源先生见面请益的机会。这些年来，自己主要的研究领域是中国的司法制度，因此对于司法界的重要人物、动态当然是十分关注的。承蒙人民法院报领导厚爱，让我每天都能读到这份法院系统的报纸，像李院长这样的司法界显赫人物的大作高论以及事迹动态自然是自己通过读报所获得知识的重要部分。我知道，在全国各高级法院院长中，李院长算是资历最深的几位之一了——他担任省院院长已逾１０年，此前还担任过司法以及公安等部门的一些领导职务。

正是由于长期的政府尤其是司法工作的历练，李院长的这部新著（《司法公正理念及其现代化》——编者注）就有了不同凡响的意义。这部著作对于与司法公正相关的理论与实际所做的历史的、逻辑的以及比较的考察当然是相当深入而全面的。特别是在包容性方面，作者显示了很好的理论追求和宽广的知识视野。不过，本书中最值得我们注意的也许不是那些大学学者们也愿意甚至更擅长津津乐道的理论，而是这些理论是如何被作为实务家的作者所解读，同时他又怎样将这样的解读与当下流行的政治话语相融合，并且在此基础上怎样生发出那些有助于实现司法公正的改革方案的。

我们知道，在中国，法院院长——尤其是高级别法院院长——不仅仅是一个法律家，更是一个政治家。也许不存在所谓纯粹的法律家和法律家思维，法院院长这样的角色在任何国家恐怕都有相当的政治意义。不过，我们还是可以大致上区分政治家与法律家这两种职业在思考问题的角度以及论证问题的方式等方面的差异。最重要的是，两者立论的依据和正当性的基础是相当不同的。但是，在中国这样的特殊语境下，志向高远的院长们在推进改革的过程中肯定要经常面临两种逻辑之间的冲突。我在阅读本书的过程中就不时地感觉得到这种冲突的存在，作者似乎也在不断地努力去消解法律专业话语与流行政治话语之间的紧张，而且——恕我坦率地承认——作者所运用的某些政治理论资源在我看来跟法治逻辑存在着内在而且不大容易协调的冲突。不过，法律专业话语的出现本身却是值得赞许的，它与流行政治话语的冲突既是中国在经济、政治以及社会等方面处于剧烈转型期的一种表征，也未尝不是我们的法律职业化正在兴起的一个信号。如果我们将本书与１９５２年之后相当长时间里的许多院长文章对照一下，其间的反差真令人有恍若隔世之感。

这些年来，随着自己观察和参与我国司法改革的增加，我越来越感到，法治的倡导者和建设者需要的不只是勇气，也不只是知识，更需要有智慧和锲而不舍的耐心。智慧体现在对

实现法治目标的各种可能手段的明智选择；体现在对于某些看起来不相干甚至相反对的资源的善加利用和灵动解释；体现在恪守原则前提下的必要妥协；体现在面对不同价值冲突时所具有的良好的平衡感。也许我们可以说，正是缺乏智慧而不是缺乏勇气，使得一个世纪以来的中国现代法制建设进程充满了失败与挫折。本书中的许多篇章让我们感受得到作者对这种智慧的运用，这正是法治建设走上合理轨道的一个标志。

从本书中，我看到的另一个可喜的地方是，司法界与法学理论界的良性互动关系正在形成。近年来，司法研究已经成为国内法学界最热衷的一个学术领域了。各种专著、论文、随笔等连篇累牍，造就了１９９０年代以来中国法学研究的一个重要特色。本书作者担负着繁重的法院领导工作，但是，他对于法学界的各种研究和翻译成果的谙熟却达到了令人吃惊的程度。尤其值得重视的是，作者不仅运用这些理论资源强化他的观点，更在不少地方通过对我们的社会以及制度现实的描述和分析，对于一些被学界视为不刊之论的理论提出了挑战。当然，相对于作者数十年的司法和行政历练，我们还可以苛求他在这方面对法学界提出更多的挑战——这本身也是了不起的理论贡献呢。

书成之后，作者命我作序，荣幸亦复惶恐，只好写下上面这点粗浅的读后感。不妥之处，还要请李院长以及各位高明读者原谅。

（这是作者为江西高级人民法院院长李修源的近著《司法公正理念及其现代化》所作的序言，该书将由人民法院出版社出版）

http://www.rmfyb.com.cn/public/detail.php?id=39492 ;

上传时间： 2002/8/25 文章来源：人民法院报

演说、辩论与法庭

by 贺卫方

两千年前的古希腊文明给后世留下了许多宝贵的遗产，除了当时的学人对哲学、政治学等学问极具深度的思考外，民主实践以及人们对于不同政体利弊得失的讨论也是对今天的社会影响深远的一项内容。值得注意的是，民主政治所得以运行的技术也得到了积极的探索和实践，演讲与辩论的传统就是其中突出的方面。

普鲁塔克在《希腊罗马名人传》里描述过著名政治家伯里克利的演说风格，“他向民众演说时，像‘雷鸣’，像‘闪电’，像是‘舌头上有一根可怕的霹雳棒’”。阿克顿勋爵也称赞伯里克利，说“他取得优势的手段是说话的艺术。他的统治靠劝服。一切决定都经过公开细致的辩论，一切影响都服从思想的优势。”感谢和普鲁塔克同时代的历史学家修昔底德，他

在《伯罗奔尼撒战争史》里收入了伯里克利著名的葬礼演说。伯里克利讴歌了雅典的民主制度："我们的制度之所以被称为民主政治，因为政权是在全体公民手中，而不是在少数人手中。解决私人争执的时候，每个人在法律上都是平等的；让一个人负担公职优先于他人的时候，所考虑的不是某一个特殊阶级的成员，而是他们有的真正才能。任何人，只要他能够对国家有所贡献，绝对不会因为贫穷而在政治上默默无闻。正因为我们的政治生活是自由而公开的，我们彼此间的日常生活也是这样的。"他激励雅典人学习死去的将士："你们要下定决心：要自由，才能有幸福；要勇敢，才能有自由。"铿锵有力的辞句和崇高而动人的情感在时隔两千年后的今天读来仍令人感叹不已。

公共生活中的演说很自然延伸到了当时的法庭上。古希腊并没有专业化的司法阶层出现；审判照例是由人民本身主持的。那是真正意义上的人民法院。参与审判的人民代表动辄数以百计，让审判者能够了解争议事项原委并作出公正判决的最好方法是让两造辩论。著名的智者高尔吉亚留下的两篇修辞学范文之一便是"为帕拉墨得辩护"。帕拉墨得乃特洛伊战争时的希腊英雄，却被奥德赛诬陷通敌叛变。在这篇法庭演说里，高尔吉亚以第一人称为帕拉墨得作出了细致而有力的辩护。辩护词层层剥笋，从客观上不具能力和主观上不可能有动机两方面论证了通敌指控的荒诞不经，最后他向法庭上的希腊人民代表们表达了严正的请求：

……关于你们我还要再说几句，如果判决取决于群众情绪的话，恸哭、祈求、讨人同情是可以起作用的；但在你们这些全希腊最优秀的人面前我无需要弄这些手段，我只诉诸正义和真理。……如果我这番话能在听众面前澄清是非阐明真相，那么判决是不难的；要不然我请求你们留下我的生命，等待时间考验再依事实作出判决。你们面临严重的抉择，如果不正当地处死了我，你们将遭到全希腊人的谴责。那时我一无所知，你们的行为却昭然若揭；受到谴责的将是你们而不是控告我的人，因为判决是由你们作出的。你们处死了一个有益于希腊并有益于联盟的希腊人，再没有比这更大的罪过了。

据史书上说，高尔吉亚长于归谬，极富力量，而且语词的运用极为考究，排比、对称等句式强化了言辞对听众的感召力。他还"善于利用动作、手势和装饰，在重要场合下他都穿着节日盛装。……他的风格和姿态显得刚健有力精力充沛，他言辞非凡给人留下深刻的印象。对于伟大的题材他能运用相应的雄伟风格；而且他习惯于突然中断自己的讲话，以便制造气氛使自己的讲演显得更有魅力"。

在法庭上慷慨陈词的传统在后世的西方得到了延续。虽然从古罗马开始司法逐渐走向职业化，律师所面对和要说服的是受过法律训练的职业法官，而不是外行民众，但是法庭之上的唇枪舌剑依然是查清案件事实的最有效方法。在英国，陪审团的广泛运用成为言辞辩论的重要推动力。陪审员是社区代表，在教育不发达的时代，他们中的许多人都是所谓"斗大的字认不了一口袋"的文盲，律师就不能够通过提交书面文件而只能通过言说的方式说服他们，于是，律师又仿佛回到了古希腊的法庭，说服外行、辩难证人的策略与技巧又变得十分关键。近世以降，英美法律界舌战大师辈出、经典辩词不绝于耳，当然不是偶然的。

说过西方，再回到中国。当观察本国历史的时候，我们发现，虽然在春秋战国时代曾出现过斡旋争端、说服君主的纵横家，也曾出现过邓析、公孙龙一类的辩者，但是，主流学说向来对于这种"能胜人口，不能服人心"的修辞和论辩之术痛加排斥。尽管孔子也说"质胜文则野，文胜质则史。文质彬彬，然后君子"，但是大致言之，在孔子心目中，君子似乎大多不善辞令——"君子欲讷于言而敏于行"，"刚毅木讷近仁"——"有德者必有言，有言者

不必有德”，“巧言令色，鲜矣仁”，“巧言、令色、足恭，左丘明耻之，丘亦耻之”。我们可以想像，如果面对一个口若悬河的律师，孔子的评价恐怕会是“骄而不泰”那样的话吧。

于是，一个饶有兴味的现象就出现了：在我国的文学史上，各种各样题材的优秀作品可谓汗牛充栋，但是演讲词却是一篇也没有，当然法庭上的辩论也没有留下——实际上，法庭之上是否存在过两造之间具有辩论风格的指控和辩护也是大可怀疑的。中西之间为什么会有这样的巨大差异，法庭演说的存在与否对于司法权的运作、人权保护乃至法学发展具有怎样的影响，都是特别值得思考和研究的问题，当然，也是由于篇幅所限，这篇小文来不及展开的论题了。

http://www.rmfyb.com/public/detail.php?id=43846

上传时间： 2002/11/17 文章来源：人民法院报

一个布道者再论法的精神

——贺卫方先生访问记

by 贺卫方/沉睡

访谈地点：北大东门外“呼吸旋律”咖啡厅

受访者：贺卫方（北京大学法学院教授）

访问者：沉睡（诗人）

引言：

一眼望去，卫方先生身高大约在 168.5cm 左右——如果再看、并多看，此身高值可能还会不断加大——这恰是古今众多杰出人物与卓越演说家的一个黄金身高，历史上诸如此类的人对我们来说耳熟能详。总体上说，卫方先生是个热心肠和暖调子的人，是个只要一有机会就总想去表现和制造一点浪漫色彩的人，“小河边、柳树下、炕头上”的暖融融的东方古典情韵与纽约帝国大厦的现代几何线条的频频交织和频频全方位多视角穿插，是其脑中经常闪现并频频道说给别人的动人画面和妙境。然而这并不等于说他同时又不是一个现实得一丝不苟的人。放眼未来、立足现实，似乎是其生活的信条。他总是和颜悦色，总是在一种质朴得

近乎灿烂的笑容中，去试图勾画和述说自己的一套貌似平朴却又未必朴平的思想。然而，你若不是远距离地在讲堂中后排观看其面容，而是近距离地予以洞察，你会发现其笑容背后所深蕴的非同寻常的潜质。其潜质在幻化出具有深度感与缈远性的清明之气光的同时，又显而易见地掺杂着通常总是被其风流倜傥的洒逸仪容所迷惑的常人所不易察觉到的沧桑感。这种沧桑感当然不是线描式的，毋宁说是木刻式的。在这种木刻的沧桑之中又多少混融着些许无奈。再次凝望，你会洞见其面孔仿佛轻附着一层细霜，一种晚秋时节挂在果叶上的冰晶纱霜。与人们印象中的面黄肌瘦又冷硬干枯的传统中国教授及其他知识分子的定型形象所不同的是，其面孔的血色泛着健康的微红色，你甚至能感到其毛细血管的搏动感和流溢感。其面皮表层下面的内里构造也单纯而轻薄，并无多余的肌理，确切地说，就是并无多余的脂肪层。这一点已足以体现一个人的清廉和超脱程度了。不长不短的偏分发型显然还带着上个时代的“苏－60”之遗风。饱受多年烤烟所熏炙的声带在其肺叶所提供的的持久气流的均匀冲击下，而产生的声学振动的发生效果听起来是既稍微沙哑又圆润浑厚的。关键是其眉宇的神情，在一双略微焦灼的浅黄色调的眼睛的上方，较为明朗地横陈着两道颇带几分英气的眉毛，当然还远远算不上剑眉。与其形成肯定的垂直关系的鼻梁略长于常人且略富于起伏变化感，从而透射出此君可能还禀有的一丝艺术气息。尤其是在当其情绪出现波澜之时，从侧面看，其表情三角区形状之舞动颇似法国钢琴家理查德·克莱德曼在演奏钢琴当中，当情绪突发激动之时的突然错位的夸张性戏剧情状。虽然卫方先生是个戏剧性的、电影化的人物，然而，很显然，其悲悯的目光又在提醒着你，同时他又是一个充满悲剧色彩的人。

作为一个世纪之交北大法学院的著名学者，卫方先生在本篇中对法的精神的立体性多维度阐述与透视，是极为透辟而富于智慧和人文色彩的。首要的是，卫方先生不是一个传统意义上的没有表情的法学家——无表情或者表情冷峻一直是与法律如影随形的特色——而是一位有血有肉者。他总是习惯于将冷色调的法律概念置于明媚春光的澄明朗爽中而再去分解，总是习惯于赋予法律理念以浪漫性的诗情。在这个意义上说，也许其思想与言行预示了一种另类法学家，即一种诗性法学家及诗化法学思想开始登上历史舞台的可喜迹象，果真如此，这可能不是一件小事情，而完全可能是处于萌芽状态的大事情。事实上，不管多么西化的东方法学家都绝对不可能还原为典型的西方法学家。东方法学家所承传的来自东方本土的文化基因，与西方法学精神的可能性交融，毋庸置疑地将是未来世界法学精神的走向。一味机械地强调法治与一味刻意地鄙视法治，自古至今都没有给西方与东方带来理想的太平盛世。就此而言，诗性法学家与诗化法学思想（将以中国和德国这两个诗国为代表）的诞生与走上前台，在某种程度上将会改写人类的不幸命运——整个一部文明史就是人们不断为自己编织新的绳套的历史，即使物质极大丰富与权力分立制衡也依然无法带给人们以真正的甜蜜和安宁——将会为多难、繁缛、迷途的人类前景点缀上和谐而漂亮的波光与霞彩。同时，卫方先生的话语里，还深深溶浸着对于弱者群体的诚挚情感，溶浸着对铁灰律法的审美情怀。对于一个法学家，这是极为难能可贵的，这会令“法律是无情的”之定论羞惭难当，让“沙威式”法律化身无地自容。毕竟，法律应该是关于人的法律，是应该由活生生的人所设想和制定的关于活生生的人的法律，没有人情味的法律思想只能把法律拖向危险的歧途。

访谈实录

一、教授的光荣感、自豪感和自由度

沉：谢谢您今天能从百忙中抽出宝贵的时间来接受访问，非常冒昧。

贺：不必客气。从电话交谈中，我感觉你对我大概已经相当了解了。

沉：不能这么说，您写的专著我还从来没有拜读过，此前只是偶然听过您的三次讲座，最早一次是在国林风，是关于“北大自由主义传统与近代中国”的那次演讲。

贺：那已经很早了。

沉：第二次见面，我猛然间想不起来了，第三次就是在前不久的一次讲座上，那天人比较多，不少人一直在门口站到结束，包括我。您在演讲的过程中，始终表现出对作为一个北大法学院教授的无比自豪之情，除了您的工资据您说比目前国家主席还高的因素外，还有哪些因素让您对自己的职业产生这么强烈的光荣感和自信感？

贺：主要是因为在我们现在生活的这个时代里，教育的地位在不断提高，从过去的半个世纪以来，大家对于一个好的大学的向往还从来没有像今天这样清楚地展现出来，不光是在一般老百姓的心目中，实际上也包括一些官场中人。过去，学法律出身的人总觉得应该到官场上去做一个官，成为一个有钱有势的人物，例如，清末废科举之后，国人热衷于学法律，就是把法学学位视为可以替代科举的晋身之阶。但是今天我们看到的更多的情况是，那些做了官的人反而羡慕起做学问的人来了。与知识分子的社会地位提高相适应，知识对社会的影响力也在增强。从事学术研究的人，尤其是从事人文社会科学研究的人，经常能够亲身感受到学术对社会的影响。过去我们把培根著作里的一句话“Knowledge

is

power”翻译成“知识就是力量”，其实这个翻译可能有点儿问题，培根用“power”的意思更多的或许是指知识是一种权力。你掌握了一门知识，掌握了一种能够论证知识的技巧，这本身就可能对社会有影响。尤其是对于一个有社会责任感的学者来说，他能够多多少少感受到这种影响，那么对于他来说，确实是比较幸运的。第三个方面就是真的是特别自由，许多人一天到晚都是忙忙碌碌的，早晨起来必须去上班，一直到傍晚时分才能回家，整天的时间被其他人所控制。其实绝大多数人从事的都是这样一种职业。与他们相比，大学教师这种职业具有宽松得多的环境，甚至可以说是逍遥自在。因此，我觉得这个职业特别有吸引力。

另外，我所从事的这个学科也特别值得说一说。你知道，1949 年以后的很长时间里，法学并不是一门很受重视的学科。今天中午我跟瑞士的中国法专家胜雅律教授（Professor

von

Senger）在一起聊天，他是 75—77 年在北大学习，他当时已经学过法律了，所以想进北大的法律系留学，但是进不了。因为那个时候法律是作为绝密专业招生的，根本不允许外国人进入到这个绝密专业当中——我 78 年上大学的时候法律仍然是绝密专业。他说，当时北大法律系是全北大倒数第二的小系，倒数第一个是图书馆系，倒数第二就是法律系。法律系的招生规模非常小，培养的人非常少，教师数量也很少。现在好了，整个国家都强调法治的正当性，法学也摇身一变，变成了一种非常时髦的显学。我们法学院的招生数量和教师数

量在全校都名列前茅，属于出名的文科大系，我们能招到最好的学生，比如全国各地的文科状元，不少都考到北大法学院来了。我觉得“得天下英才而育之”，又是一个倡导法治的时代，作为一名法学教育工作者，又是在这样一所大学里教书，可以说是赶上好时候了（紧接着一阵爽朗的笑声）。

沉：难怪您的气色这么好，红光满面、神采奕奕，不像以前的教师，都是营养不良、面黄肌瘦的。刚才您说，在学校反而比在法院任职的自由度更宽松一些。是这样的吗？

贺：不仅仅是指时间上——物理意义时间上——的自由，更重要的是你的精神、你的写作、你的发表，我觉得都比较自由。如果你在法院里工作的话，你的身份对你就会有很多制约。我的一个同学在最高法院作庭长，他确实没有办法自由地表达自己，他要受到很多限制，比如他说的话、他发表的文章，因为别人并不认为是那是他个人的文章，而是代表了所在机构的立场。

沉：如果您在北大发表文章，别人会不会认为您是在代表北大？

贺：没有一个人会这么认为，北大的学者传统上总是特立独行，也许不大可能有谁能够说他代表着这个大学的立场。假如北大的学者所发出的声音是一致的话，人们会认为，北大的这帮人你就是这个样子，就是这个德性，一些人会对这个风格很不满意。但我觉得比较好的是，直到今天，北大的学者发出的声音并不一样，有非常正统的声音，也有比较激进的声音，也有比较稳健的声音。

沉：您的声音是属于正统、稳健等声音的综合体吗？

贺：有些人把我归类到一种激进的西化派的……

沉：没有把您归属到保守主义的一派？

贺：没有，现在的各种所谓某某主义派系都跟我不沾边。我觉得这个东西可以作更细致或者更复杂的划分，而很难用贴标签的方法归类。比方说同样是保守主义，有的保守主义保守中国古典的东西，认为国粹不能改变，中国有中国的国情。也有的保守主义认为，中国的国情是封建主义的，我们应该坚持马克思主义的观念，这也被认为是保守的。当然，坚持马克思主义又可以分为“原教旨主义”意义上的马克思主义和发展了的马克思主义、修正了的马克思主义，其中也大有不同。但是如果你现在在学术的话语体系里经常引用一些马克思的话，大家就会觉得你比较保守。我觉得我有点儿像另外一种保守……怎么解释呢？比方说，在法律专业里，我把法律理解为一个有两千年历史的专业化的知识体系，我自己强调的我们应该重视的东西恰好是西方古典的一些东西，即西方从古罗马就一直传承下来的这一套东西。但是有人说，西化是一种激进，我偏向于认为知识很重要，古往今来的这一套东西很重要，从这个意义上讲，有人说我是激进的。但是我又可以理解为保守，因为这是保守某种超越了国界的具有悠久的传承历史专业化的知识，我认为这也算是一种保守吧。不过我觉得保守并不是一个贬义词，搞法律的人应该有一种保守的气质和精神。

二、创造性地解读或误读

沉：一般我们所提到的法律体系，是不是往往就是指西方的这一套传统法律体系？而并不代表东方？是不是从严格意义上讲，东方始终就不存在或者说到现在也未必存在过真正的法律体系？

贺：这涉及到我们这个古典社会对古典社会传统的理解，当然我们中国古典社会也出现过所谓的德治和法治之争。在春秋战国时期，儒家学说和法家学说有非常不一致的方面。但是在我们今天看来，当时的争论和我们今天所面临的语境具有一种相当大的差别。今天我们所倡导的法治是在西方知识的基础之上建立起来的一种概念。这种法治，不论是和东方的德治，还是和法治之间，都有相当大的不同。如果要用这种概念来理解古典社会的话，就好比用尺子去量水的温度一样，你只能用尺子去量池子里水的高度，但是用尺子是没法去量水的温度的，如何去量呢？没办法量。

沉：也许有可能。比如你用一把足够长的尺子，就能去测量水的深度，然后再根据其深度去推算……

贺：不是特别容易。渤海湾跟南中国海中的水，同样的深度，温度可能差距很大。你还是没办法用尺子去测它的温度。这只是个比方，我要说的是，当你要研究或检验一个东西的时候，要注意它的一种内在逻辑和结构，而不要用另外一种完全异类的或者另类的概念去套它。

其实我现在也经常做一些对中国古代的法律制度和思想传统进行了解的工作，了解两千年的中国社会是怎么演变过来的，目的不仅仅是了解历史，也是寻找某种历史与现实的契合点。我觉得在一个社会的建设当中，很多非理性的因素在起着作用。比方说，如果我们要建设一种制度，你总是说，因为英国人是这么做了，所以我们应该也这么做，因为德国人是这么搞的，所以我们应该也这么搞，即使你的具体主张是对的，这样的论证策略也会给制度建设平添许多非理性的因素，至少带来很大的阻力。为什么英国人是这样做的，我们就得这样做？为什么德国人这样做了，我们就一定这样做？我们中国的国情在哪儿呢？

所以我前一段时间做了一个小的专题研究，就是解释中国古典的治理方式，中国人的生活状态和他们对怎样才是合理的社会秩序的理解，以及如何维系这种秩序。我有时候觉得林毓生讲的那个“传统的现代性转换”——创造性地转化一种传统——其实包含了一个很重要的内容：如果你用今天人的眼光去解读古时候人们的追求的话，你就会发现，尽管今人与古人隔遥远的历史长河，但是时隔心不隔，我们有许多追求是相同的。当我们看到一个礼崩乐坏的社会，看到一个道德沦丧的社会的时候，我们都会愿意去追求一种秩序感，要形成规范。这个时候，古人和我们所面临的问题有相当大的一致性。有时候，我发现由于古人没有发现一种完全不同的文化在建构秩序方面有一种行之有效的制度，所以他们的知识视野就比较窄，他们也没有办法去想象如司法独立，或者三权分立这样的学说。我觉得我们今天的处境很好，因为有西方法律以及法学这样一种参照是特别好的。但这时候，我们在论证的时候，还是要注意去挖掘我们中国古人的一些追求，比如说对司法公正的追求，当时的知识分子是如何去论证它的。我发现当时论证得很不好，但是这种追求是我们一以贯之的传统，这时候，可以说古为今用就有了另外一层意义，就是说，我们可以创造性地解读、创造性地误读这种传统，也可能会发生另外一种效果。

沉：就是说，有意识地创造性地误读也是另外一种创造性地解读？

贺：对，可以这么说。实际上，正如克罗齐所说，一切历史都是当代的历史，历史是由当代人写作的。也许你看过去的一个人写的历史，但是你对这段历史的解读又会带有相当强的当代色彩，也许我们当代人的喜怒哀乐会体现在这样一种解读过程中，那么这一段历史就不一样了，每一代人都会重新去做这一件事情。

三、时代性的差别与类型性的差别

沉：是不是一谈到中西法律的区别，就需要进行特别庞杂的论证？

贺：有许多人觉得中西法律的区别是一个时代性的区别，也就是说，中国还停留在一个前现代化的社会里。比方说，中国清朝以前的社会就是一种前现代型的社会，所以就发生了历史发展演变过程中的一个落差。我们中国停留在一个时代里面，没有走出来，如果没有西方的冲击和刺激的话，我们可能会永远在那样一个循环过程中重复自己。西方也曾经历过我们那个时代，但是后来它走出来了，走进了资本主义的时代，而我们没有这样一个历史演变过程。值得注意的是，这种观点是一种比较乐观的观点，因为按照这样的逻辑，只要有了资本主义的冲击，再加上我们自己的努力，这个国家就可以走出从前的那个的时代，就可以走向现代化了。这是一种比较乐观的估计和解释。

另外一方面，也有一些人认为，这其实不是一个时代的差别，而是一个性质的差别，是一个类型的差别，中国与西方属于根本不同的两类统治类型。长期以来，我们中国古典社会是一个完全不同于西方的社会，西方没有经历过这些。比如说我们国家非常早就形成了，并且非常早熟，社会总是处在一个非常分散的和非常弱势的一种地位上，是由官僚政治构建的一个庞大帝国，中央的权力非常强大，总是一种人治的治理方式。那么，在这样一种情况下，虽然我们有法律，西方也有法律，但是法律跟法律就发生很大的差别，法律并不是一回事。这种观点可能更强调一种文化的差异性，强调差别的原因是文化类型的不同。但是如果文化类型的不同强调得过甚的话，有可能走向悲观主义。而中国社会永远有自己的一种逻辑，那你引进新的知识、引进新的制度，这种努力几乎注定是徒劳的。像吉普林所言："东方就是东方，西方就是西方。"我不是特别赞成过分类型学的研究，我可能比较偏向功能主义的法律观。虽然有许多是一种价值的文化的体现，但另外一方面，法律也经常是为了解决我们今天所面临的问题的一种工具。要是从这种角度来解读的话，就可以为我所用了，可以借鉴过来了。

四、演讲语词的蒙太奇剪辑及其必然性与偶然性

沉：噢，想起来了，第二次是在光华管理学院听您和……

贺：对，和苏力。

沉：您们两个人珠联璧合，很有意思。

贺：噢，是吗？

沉：这三次讲座都是在非常偶然的情况下碰上的，事先都不知道。比如，那次去“国林风”，完全是去买书，后两次来“北大”是办事，正好看到有讲座，而且马上就过去了，但是已经晚了，只好站在最后。一直能够让我站着坚持到底，就足以显示出演讲的魅力。当然也可以看出我对法律还是比较关注的，看来还是比较有缘分的。一开始就谈中西法律之区别这么一个大的论题有点太突兀，那就在下面的问题中，再慢慢涉及到吧。我发现，在您演讲的过程中，在运用语词概念之时，常常让人感到，仿佛在您的头顶上方当空悬吊着许多密密麻麻的语词标牌，它们都在静静地等候着您随时可能冷不丁地突然的投射、连缀，或突然间铿锵作响地击中它们当中的某一个，从而产生颇类似于电影镜头的剪辑效果，进而让人产生惊诧、参与、联想，让人感到妙趣横生继而回味绵长。比如，您在讲道，“让法学院招法学教授、文学院招文学教授，神学院招——噢——是马列学院招马列教授”之时，就是如此。说到这儿，作为马列主义的实验场，较之西欧与东欧，前苏联与中国确实缺乏类似于阿尔杜塞、柯尔施、葛兰西、卢卡奇这样的马克思主义理论专家。马列主义在前苏联与前中国与其说是被当作一种意识形态，不如说是被当作一种神谕更为恰当，而且，这种阴影至今还笼罩着民主建设的路径。这是否就是您情不自禁地要进行那种语词剪辑的缘由？

贺：的确有一些西方的分析家认为，在社会主义国家，马克思主义已经不再是纯粹的世俗的学说了。因为在资本主义国家，马克思主义大致可以算作是诸多世俗思想流派中的一种，而到了社会主义国家，由于它变成了一个国家的学说和信仰——我们每一个中国人好像都有义务拥护四项基本原则，那么这种东西就发生了很大的变化，就存在一个对马克思主义解读的问题。像《资本论》成为无产阶级的“圣经”，那么对这本“圣经”里的含义的解读就变成了社会制度中一个非常重要的因素，我们如何理解马克思主义？我们如何理解社会主义？我记得八十年代初的时候，在思想解放运动的时候，李洪林先生曾经连篇累牍地发表过几篇文章，论述我们应该坚持什么样的马克思主义，坚持什么样的社会主义，坚持什么样的无产阶级专政。李先生在逻辑上非常严密，层层剥笋，看他的文章有一种非常大的快意。的确有这样一个问题，而且更重要的是，也许从马克思主义的产生之初，多多少少就包含着转化为某种具有神学教导意义的可能性。马克思是一个虔诚的犹太家族的孩子，从小就听他虔诚的教徒爸爸讲一些上帝如何拯救人民，上帝拯救选民的故事，那么在这样一种生活的环境中，再加上后来他的不断目睹到的穷人的苦难，使得他不断地思考怎样解民于倒悬的途径。在他看来，是资本主义这样的社会制度给人们带来的苦难，于是就非常不满，急于创造出一种学说来拯救社会。当然我们可以说，任何一种学说都带有政治的色彩，法律理论的任何一个方面都带有改变社会的一种追求。这样的追求在马克思那儿形成了一种非常完整的共产主义学说。它的确在许多方面可以与宗教相比较。比如说，在犹太教那儿，将来是天国，到了马克思主义这儿，未来变成了共产主义；犹太教徒是选民的概念，在马克思这儿是共产党人的概念……这种对应关系有时候给人感觉非常强烈，这跟其他的制度不大一样，他抱有一种彻底改变人类社会的追求，而不再像休谟、洛克等人那样，要做局部的修改，是渐进性的，马克思非常彻底，一下子就要走到最美好的社会。他的五大社会发展学说里，原始社会、奴隶社会、封建社会、资本主义社会，一直到社会主义社会、共产主义社会。共产主义社会就意味着人类社会完全不同于从前的社会了，获得彻底拯救，变得不需要法律、不需要国家、人人为我、我为人人的这样一种非常美好的社会。这样的社会主义社会，从苏联，到后来的古巴，

甚至朝鲜、中国，这些国家都在力求通过一套世俗的制度来实现这个神圣的理想。在实现的过程中，你会发现，这一套学说或多或少变得具有宗教色彩了。比方说，在基督教那儿，异端是一个很重要的概念，那么我们这儿也有路线斗争，我们对马克思主义的理解一定要官方化。《圣经》有钦定版，也就是罗马教廷界定的，《圣经》只能按照这个版本来理解。而我们这儿有《马恩全集》人民出版社的版本，那是根据俄文版转译过来的，我们要求人们引用马克思或者恩格斯的话的时候，不允许从德文里面直接引用，你不能够翻译。

沉：怪不得我们经常会对一些词句感到费解，原来以往有这种背景，估计广大农村地域的同志们就更不清楚这样的背景了。

贺：凡是公开发表的文章里引用马恩的著作，必须要引用由马列主义编译局编译、人民出版社出版的《马恩全集》或《马恩选集》的官方版本。这样一来，就意味着这个东西可能很绕，翻译就是再解释。比如说，马克思的德文里有一个这样的词，“recht”，怎么去理解？我们通常理解为法律或者权力，但是编译局的版本就把它翻译成法权，然后再要求你必须要运用这种语词的翻译。这标志着一种思想的控制，你不可以按照自己的理解。只要你读一读乔治•奥威尔的《一九八四》，你就会明白语词太重要了，语词对人的思想特别重要。你说得非常对，我有时候演讲的时候，脑子的确老是转这些东西，经常会觉得：哎呀，用这种语词来界说真好！当然你本身也追求一种语词的说服力，这个时候，你可能会用排比，你会用一种联想式的文学化的故事去对某个现象进行解释，通常讲座的听众还是很喜欢这样的一种风格的。

五、渐进性改良与激情性革命

沉：为什么渐进型的社会推进观目前在中国比较风靡？而彻底改变社会观却越来越遭到人们的唾弃？

贺：我想最大的一个原因应该是，我们上一代人的激烈革命并没有给我们带来他们当年所追求的美好蓝图的实现。我们发现激进的革命有许多特点。比如说，它可能鼓励人们之间的相互仇恨。在一个激进的革命时代，我们必定要把有些人说成是革命者，那么有革命者，就有反革命者，一切反抗我们激进革命的人都变成了反革命分子。在国民党时代，反革命分子是共产党，而在共产党时代，反革命分子是国民党。这种人与人之间的相互仇恨，就是把另外一群人作为另类。我曾经看到过有关“地富反坏”的报道说，有些地方把他们给吃了，把他们给活活冻死，在数九寒天的冰天雪地里往他们身上泼凉水，把人给冻死，把人给活活打死。在那个革命的时代，我们觉得那批人都不是人了，他们是作为另类，都是反衬领袖、革命群众和人民是多么神圣的一种最丑恶的类群。这个时候，对他们的那种残酷的非人道主义的镇压就变成非常正当的了。你想一想过去红卫兵的那个时代，斗争起这些人来，哪有什么人道主义可言！但是如果那个时候，如果你说，对他们要讲人道，那你马上就变成反革命了。所以我觉得在任何一个社会里，煽动人之间的相互仇恨都不是一个好的做法。第二个方面，革命逐渐被人们所唾弃的另一个原因是，革命所追求的那种割断历史，割断传统的理想目标从来就没有实现过。革命好像是抽刀断水，革命总是宣布要跟旧社会发生彻底的决裂——“决裂”这个词我们过去用得特别多。

沉：还有一部电影，也正好叫这个名字。还朦朦胧胧地记得这个电影里面有要与“马尾巴的功能”的传统知识相决裂的情节。

贺：对、对、对，我们要废除旧法统，一切都要改，甚至连街名也改了。比如以前的“王府井大街”变成了“反帝大街”。

沉：真的吗？有这么回事？如此，我们可能有资格去和美国一争“黑色幽默”的原产地了。

贺：对，“协和医院”变成了“反帝医院”，“同仁医院”变成了“反修医院”，街名都改了，什么“东方红路”等，害得邮递员无所适从。为什么革命者愿意去修改路名和地名？愿意废除旧的服饰，人们也不能穿古典的服装了，大家都穿新式的服装，愿意打倒贵族制度，因为贵族制度是一种比较保守的阶级制度。这些都意味着革命者想创造一个全新的、没有任何旧社会痕迹的新社会。但是我们发现，最后的结果往往是把旧社会的一些好的东西给废除掉了，但是坏的东西永远废除不掉，永远是沉渣泛起。这样的话……

沉：等一下，这是什么原因造成的？为什么废除的往往是比较优秀的、悠久的、值得保留的东西，而恰恰坏的东西一直清除不掉。

贺：因为革命鼓励的是用一种非理性的方式对待一切事物。比如说，倡导全国人民都激情四射地起来对待某种东西，在这种非理性的运动过程之中，人们没有任何真正的争论和理性的相互讨论——我们应该保留什么，我们应该废除掉什么。我想可能恰好是在一个激情的非理性的时代，人们往往……也许这个问题有点儿奇特，好的东西恰好被砸烂了，而在非理性的时代，好的东西往往被认为是最坏的东西。比方说一座庙宇，比方说孔庙、孔子的陵墓，还有那些悠久的风俗，这些东西往往被认为是最糟糕的东西，也就是说，最能体现文化精髓的东西恰好被认为是最糟糕的东西，因为那是旧时代精神的有形载体，所以它们首当其冲地容易受到最激烈的破坏。在破坏的过程中，你可以发现人的最野性的那一面得到了最彻底的宣泄。我潜意识里也相信，那种过分的非理性的时代破坏的都是最好的最优秀的文化。另外一方面，所谓“反革命分子”经常都是一些健全的保守主义者或者说是一些知识分子。由于知识分子非常特殊的职业，他们不断地读书。读的是什么书？读的往往都是几百年前、上千年前的东西，正是这些知识分子在不断地思考旧有的文化传统，在这个过程中，他们承载了整个民族或者整个人类的记忆。这种记忆构成了知识分子能够判断行为的一种尺度的来源。有了这种判断尺度，他们经常会觉得这样做不对，那样做也不对。文革期间最可怕的是那种高中生红卫兵，他们对待一切东西的态度最激烈。那么，这种由最高层所发动的行为，在下面有一些小知识分子呼应，你就会发现，夹在中间的是一批顽固的恪守和保护从前优秀遗产的、并且用这种遗产来衡量现实社会的知识分子。所以我觉得任何一种革命，从法国大革命，到苏俄的革命，一直到中国的文化大革命，都是对好的文化的摧残。这不是偶然的！最后的结果就是，好的东西容易被摧毁。

沉：在您看来，1789 年的法国大革命摧毁了哪些比较优秀的文化遗产？

贺：从搞法律的人的角度来讲，法国大革命以前，相关制度的建设已经有一种长久的努力了。在十六、十七世纪的时候，法国的国王就开始发动一些法律家深入到民间，去记录当地的习惯法，去了解当地的风俗，试图统一这种法律制度。当时有许多很好的学者，我就知

道有一个让·多马，是一位非常重要的学者，他对于后来法典的制定产生了很深刻的影响。但是，我觉得到了大革命的时代，我们都不知道从哪儿来的这么一股神奇的力量，一下子就宣称要把旧有的东西都破坏掉。读托克维尔的《旧制度与大革命》，你会发现法国大革命里有许多东西是不大容易解释的。但是那场革命起来以后，比方说彻底摧毁贵族制度。一个人一旦被认为是贵族家族的人，马上就可能被打死。一切文化领域里，都是激进主义占上风，占主导地位，他们也改街名。对旧有政治层面上统治的愤怒有可能使人们迁怒于文化其他方面的导火索，所以法国大革命带来的破坏性可以说是太大了，直到今天法国还可以说是欧洲的一个农业国，经常是农产品价格一降低，法国就要叫苦。佩雷菲特写过一本书，叫《官僚主义的弊害》，或者叫《法国病》，他认为官僚主义腐朽，人的主动性和创造性都丧失了。我觉得这样的一种革命的确是代价惨重，但是对于我们来说，困难在于我们如何能够避免这样一种非常激烈的要求社会变革的思潮过分地增大，当然这有时候是由不得人的。

六、同时也显然具有严重非理性一面的英美文化

沉：上周末，在您演讲的提问时间中，有个法学院的学生，他在黑压压的听众中特别鹤立鸡群，在他的前额上，不知是有意还是无意地贴了一块泛着血渍的半灰黑胶布——也许是出于行为艺术的目的，为了强调自己的标识，也许是因为夜遭抢劫或见义勇为所致，或是由于像鲁迅先生所讲的，四周围黑洞洞的而不慎触碰所致。总之，这个形象有趣而彰显的学生提了一个有趣的问题，认为您颇似前不久在京城上演的一个实验话剧《切·格瓦拉》中被指责的那样——满脑子美国思维。您当即显现出一副极为委屈而又不平的神态，断然而有礼节地予以否定。那么什么是美国思维？什么是中国思维？为什么您满脑子的那些匠心独运的在那个学生看来的美国思维，而在您自己看来却恰恰是另外一套思维体系？

贺：他那个问题确实是有意思。说老实话，对一种语言的了解，或者说是对一个国家情况的了解，既是开了一扇窗户，同时窗户也是制约我们视野的框子，所以既开拓了我们的视野，也制约了我们的视野。从我个人阅读的范围来说，的确是对西方国家，对英美的法律了解得比较多一些，也在那儿呆过一段时间，也看过不少他们的法院。而即使是在国内，我跟外国同行的交流过程，美国同行也占了大多数。这是一个特别有意思的现象。但是我还是不觉得这完全是一种美国思维，尽管我经常会引用美国的一些观点，以美国的某种制度来分析，并作为我们现在制度的一种对照。也许我们应该叫英美思维吧，英美思维也许有一些特色，比方我们刚才说的它们对革命的态度，如果你是一个不大愿意激烈地推动革命事业的人，那么我就会觉得你是具有英美思维的人，因为英国人和美国人是最不喜欢激烈的革命的。美国的那场革命其实应该叫美国的独立战争，但是它并没有在文化的各个领域中推进一种叫革命的东西，尽管在立国之初，人们对英国的制度，对英国的一切有一种愤怒，但那完全是负气伤心而出走了的人们对英国的一种自然的恼怒和不满。但实际上，（美国）在法律制度和政治制度的许多方面，承袭英国的东西非常多，所以它还是继承大于抛弃。我们今天看来，美国能够维系几百年的社会稳定，能够保持一种非革命的革命模式，我觉得是人们在基本社会模式上的一种选择。这个是我们今天所说的美国思维方式的意义，这是第一点。

第二点，从法律的角度来讲，人们重视经验对法律制度的影响，也就是说，重视的不是理性，重视的不完全是从逻辑角度的一种推演，而更多的是愿意去想象：这个东西我们过去是怎么做的？那么我们今天为什么不这样做？就是要对司法的先例，对法院过去所作出的判

决给予应有的尊重，而这样的尊重最大的好处就是它能够创造出法制所需要的人们的一种可预期性。当一个法院判决一个案件的时候，永远要非常认真地对待自己过去是怎么判决这种案件的时候，这样人们就可以通过研究法院过去的判决来判断和预测自己未来行为的合法或者违法。如果法院过去一直是这么判的，法院过去认为在这样一个茶馆里聊政治问题是非法的，那么我们就不到这个茶馆里聊政治问题了，我们一来就聊风花雪月、男盗女娼（笑），都可以谈，我们就不谈政治了。如果法院判决说，到这个地方来谈政治问题是合法的，那么我们就可以谈政治问题。你可以发现，法院重视判决的稳定性和前后统一性的决策风格对公民的自由是一种非常好的保障，因为这能够创造法律的可预期性。自由不就是在法律的范围内可以做法律允许做一切事情吗？如果法院的判决非常重视经验和传统的话，那么我们就可以获得一种自由的空间，我们对自己的行为就会有一个设定，我们知道法院的判决不是随意的，不会乱来的，它一定会尊重过去的判决，自由就是在这个过程中不断地增长的。当然，你也许认为法院过去的某个判决是不好的，但这个时候，要谋求改革，也必须有一个合理的程序，经过一个渐进的过程，来谋求这种变革，而不是突然地一下子，（用）完全是没有办法预测的方式来变革。我觉得这是英美思考方式的第二个方面，这也是我愿意在那样一个场合去强调的我们也应该做到的一点。

第三个，如果是从法律的角度来谈英美的特色的话，我觉得英美比起欧洲大陆来说更重视做事情的程序，法律方面的程序，法律程序在英美思考过程中始终居一个核心的位置。比方说，每个人都应该获得平等的对待，在司法过程中国家的权力要受到相当多的制约，律师能够在法庭上起到一种非常活跃的作用，律师保护当事人的权利，还有证据制度。哎呀，他们特别重视证据制度。像辛普森案件，真是证据的一种大比拼，这种制度已经不再重视什么是实质性的好。比方说辛普森的前妻和前妻的男友都被人杀死了，我们非常同情，全社会都同情，所以我们就应该惩罚那个看起来很可疑的家伙。不是的，它一定要考虑到相关的证据，可以说美国在这方面引领着全世界证据法发展的方向，你会发现这种东西对人权保护来说还是非常重要的。这就是美国方式，或者说是英美方式，我觉得我们借鉴这种方式并不错。况且即使是我们的官方，也都承认我们应该重视程序问题……我觉得现在已经变成这个国际社会大家庭共同的一种呼吁了，也就是说，我们应该重视法律的程序，我们应该限制警察和法官所代表的国家权力。这并不是一个英美的问题，不是一个美国制度思维的问题，而是它们走在前面了，它们已经发展得不错了，那么我们今天是否应该给予一定的借鉴？我觉得这里也有一个心胸的问题。动不动就说，这是美国的，这是英国的，贴上标签，美国制造的东西我们就不能用，我看我们用美国别的产品的时候，例如，福特汽车，别克汽车，从来没有说美国的东西不能用（又是一阵爽朗的笑声）。这正是钱锺书先生曾经批评的那种重货利而轻义理的外来文化观呢。

沉：可是对渐进型社会演变这种思维的兴趣清淡者在欧洲大陆也挺多的，比如说黑格尔、尼采、马克思·韦伯、海德格尔等一大批人，他们就不太主张这种方式，他们觉得这样一来，容易导致一种比较僵滞的、甚至是腐朽的社会存在状态，而是比较赞成一种急风暴雨的革命、一种斗争、一种强力、甚至一种魅力型的领袖政治，他们认为只有不断的革命才能不断重新焕发出生机和活力，这是一个方面。另一个方面，就是刚才您所认为的，英美思维能够使社会保持一种稳定的结构，它们相对于欧洲来说不太赞成革命。但是实际上它们也未必像所标榜的那样，起码近代历史以来的英国和战后世界的美国，在全球的种种所作所为并不是非常温柔和贵族化的，它们在发动海外战争和殖民—后殖民掠夺方面远远超过了欧洲大陆各国，这一点怎么解释？

贺：我们从美国现实的国际政策的角度来看，的确存在着内政和外交方面标准的两面性。说到发动战争，当然战争也许是国内政治的一种延续，也可以说是要变革某种东西的激烈行为，但是战争也可能只是一种报复。比方说鸦片战争，鸦片战争的一些直接起因与当时一起一起的中西冲突有密切的关系，由于中西文化刚刚交接、交往，相互之间很难沟通和理解，而且通信设施又很落后，没有办法及时地向本国政府寻求指令，真正是有点儿像“将在外，君令有所不受”。当“将在外”，外到地球的另一端的时候，那时发生的事情没有我们今天想象的逻辑在里头。实际上，从近代以来，从殖民政策的角度来讲，并不存在一个英美和欧陆之间那么大的区别，最早期的殖民主义者恰好是西班牙和葡萄牙这样的欧陆型的国家，法国也是一个很大的殖民主义国家，德国后期也急不可耐地参与到世界的瓜分过程中，包括日本也跟着搀和。我觉得今天流行的“国家”的概念和“国际关系”的概念跟清末相比，已经发生太大的变化了。在本个世纪初，我们也曾经心安理得地干预朝鲜的内政，例如，我们要对什么人应该做朝鲜的国王这件事就很在意。日本人扶持了一个亲日的人去做朝鲜的国王，中国就派袁世凯带着军队去把这个家伙给推翻了，去发动了一场他们的政变，然后把亲中国派的人给扶持起来，所以当时“国际格局”的概念跟今天相比，已经发生很大的变化。顺便说一句，袁世凯的成名也跟对朝鲜局势的干预问题有密切的关系。

沉：从当今国际形势来讲，英美，尤其是美国，在做事情方面，和他们传统的理性思维好像是不很协调的，往往是充满了暴力色彩的，完全是一种非理性的做法。比如说在科索沃战争中……

贺：科索沃战争是这样的……

沉：再比如“越战”、海湾战争等等。

贺：科索沃战争和“越战”，我自己知道一些情况。科索沃问题是阿族和塞族之间的冲突，可以说是由来已久，是一个长期的民族之间的矛盾和文化之间的激烈冲突的结果。那么米洛舍维奇当政之后，他的确是在推行一种强烈的对屠杀阿族的政策。我们了解的信息并不完整，或者说我们所了解的信息和欧洲人所了解的信息正好是一枚钱币的两面，我们只看到这一面，而欧洲人只看到那一面。我们看到的是：这是两个民族之间发生的小规模的冲突，有什么大不了的？为什么不能通过和平商谈的方式由自己的国家来加以解决？而欧洲人看到的是：邻居家里发生了兄弟之间（纷争），当哥哥的一定要把弟弟给杀掉，而且已经在动刀子了。这个时候，欧洲人总觉得我们作为邻居，不能坐视这样的一种态势再发展下去。所以科索沃战争并不是美国人打起来的，而是欧盟和联合国等在不断地审议、不断地要求停止这种屠杀无效以后，才发生的。我有一个朋友的丈夫是意大利人，这个人平常是非常不愿意打仗的，是一个典型的反战分子，但在这个问题上，他居然也赞成联合国对相关局势进行军事干预。

沉：那么，而对科索沃的种族问题，美、英为什么不采取一种渐进的改良的方法、商谈的方法？

贺：因为国内的许多问题形成了一种制度，可以有一个良好的协商机制，比如在国内通过议会的辩论，通过全民公决，都可以解决问题，但到这儿失效了，在这儿是绝对不可能用这种方式，那么只好诉诸军事制裁。开始是用经济制裁，但并没有有效地解决问题，再用军事方式，开始是轰炸军事目标。你看国防大学的军事专家张召忠的分析，当中央电视台的记

者说是美国在进行狂轰乱炸的时候，张召忠马上纠正他说，这不是狂轰乱炸，如果说在“越战”的时候是狂轰乱炸，那么到了海湾战争的时候，美国的军事方式已经不是狂轰乱炸了，而是有目标地轰炸，只炸特定的军事目标。所以不是狂轰乱炸，不是地毯式轰炸。所以我觉得对于战争也存在一个信息上的问题，而且我觉得其他的国家也不是不打仗。当然，你说的对，西方国家在处理对外关系尤其是处理与非西方国家之间的关系时，采取的方式、手段的确跟处理国内类似问题时很不一样。

七、法律是公正而善良的艺术，还是蒙着眼睛的巨物？

沉：从古希腊苏格拉底的舍生取义，直到具备先进而完善的法律体系的当代美国至今还依然存在的其人民常常由于不满而进行游行示威，甚至发生骚乱乃至暴乱的诸多事实，是否反映出，古罗马人对法律所下的在许多人看来是比较恰当的定义，即法律是公正而善良的艺术，是偏颇而无效的。罗尔斯也曾说过，一个人之所以被视为有罪，是因为首先是被视为有害的缘由。如果说，法律是严酷而伪善的绳索，是否更能反映出迄今为止法律的本质含义？

贺：我觉得可以说法律是公正而善良的艺术，也可以说追求法律是公正和善良的艺术的事业，我们也可以作这样的界定。

沉：但问题是，有诸多事实，甚至是无穷多的事实不断地在推翻上述这个定义。

贺：有时候，有例外才有规则，也就是说，有时候会出现跟我们所希望的目标不相吻合的处理问题的方式。至于你说的抗议，那是法律所允许的事情，比如说游行示威是合法的，人民可以通过游行示威的方式来表达不满。

沉：但问题是全世界的游行示威常常都要遭到无情镇压，在美国也是这样的。

贺：是的，我们见过电视里警察用催泪瓦斯、高压水龙头驱散示威者的镜头。法律不可能达到理想主义的程度，人们看到的都是和颜悦色，都是风花雪月，都是特别美好的，不是这样的。公正而善良的艺术的确只是给法律下了一面的定义。另一方面，法律也是调整一种利益冲突的严格规则，利益之间是会互相发生冲突的。例如，那些从一战时期欧洲战场归来的退伍军人，恰逢经济萧条，得不到应有的补贴和津贴，他们就会表达自己的不满和某种很激烈的抗议，结果遭到警察弹压。但是实际上，几百年来，有多少在别的国家都是通过战争来解决的问题，而在那个国家是通过法律的方式来解决的。最晚近的事例就是，刚刚联邦最高法院在开一个听证会，双方律师就两党谁来当总统的问题争执不下。你会发现，这转化为法律的问题了，通过法院以司法的途径来加以解决。在许多非民主体制国家，这个不用，二话不说，马上军队就开始冲进总统府，把现任总统给赶下来，自己就上台了。我看过那个翻译为《庇隆夫人》的电影，麦当娜演的关于阿根廷第一夫人的片子，你会发现跟走马灯一样，一会儿是这个将军去把现任的文职总统给打下来，然后自己进了总统府，当了总统。过了一会儿，他的下级军官们冲进来，拿枪逼着他，他也只好下台，就像走马灯一样。你会发现，只要是讲求法治的社会都实现了最高权力的和平更替，都实现了一定程度的决策理性化，利益的冲突可以通过一种理性的程序来加以解决。当然，解决的时候大家不总是心平气和的，但是大家都觉得：哎，也只能这么解决了，因为大家都要往前走。这给社会带来了——可以

说是——太大的幸福了！

沉：可是，在这种幸福的、和谐因素中，也经常掺杂着非常不和谐的因素。比如说，在六十年代的肯尼迪总统遇刺事件就起码反映出，在美国也有很多方面恰恰是不能够通过法律途径来解决的，以致酿成许多悲剧。在这个最崇尚法律的国家，法律的命运也常常是令人痛心的，它不是常常沦为可怜的婢女，就是沦为矫揉造作的东西。

贺：可能我们需要考虑到两害相权求其轻。民主制度并不能包治百病，民主就存在一个多数人和少数人利益平衡的难题，民主有可能产生多数人的暴政，有可能大家都赞成战争，都赞成对越南打仗，少数人反战；大家都赞成男女之间结婚，少数人想男的跟男的结婚。那么，少数人的权利如何保护？这是民主制度下面临的最严重的问题。当然，还有一些更深的问题，比方说，民众如何避免文化的平庸化？当大家都使用大众的方式去做的时候，少数人特立独行的选择总是不被尊重的，而这种选择往往蕴含一种最高层次的腐化，所以当年的托克维尔就担心过这样的一种民主可能带来种种坏的后果。的确是这样的，当然，现在西方也有许多制度演进在追求和在试图改变对少数人过分地压制。比方说“宽容”概念的提出，比方说，司法界不受民意制约。那天，我看《北京晨报》上登的现任的九位大法官的简历，最小的一个 52 岁，就这一个是 60 岁以下的，其他的有 80 多岁的，有 76 岁的，都是年龄很大的人。他们这九个老家伙是不受选民制约的，老百姓不高兴他们，一点儿办法也没有，他愿意怎么做决策就怎么做决策。这样的话，美国的三种权力中，司法这一块可以具有一种更长远的考量。就是说，他们不是要取悦人民，他们作判决的时候要考虑到国家和民族的长远利益。那么，在长远利益中，就有可能包含保护少数人利益的问题，他们不会认为大多数人赞成的就是对的，他们可以做少数人，他们可以扮演少数人的角色。这是现代民主本世纪以来一种特别重要的新发展，也是美国制度非常有魅力的一个方面。但是另外一方面，我们看到在不实行民主程序选举国家领导人的国家，你看到的刺杀肯尼迪的这种事太小了！这还叫事儿吗！在这种国家经常是一会儿给你来一个全国性的动荡，一会儿给你来一个血流成河，死一个总统算什么！像文化大革命，有多少人非正常死亡，那才叫厉害呢。唐德刚的《晚清七十年》上，我记得有一个词他重复了好几次，就是“人头乱滚”，在非民主程序下，经常就是人头乱滚。你比较一下，在美国两百多年的历史上，有几个总统的确是被暗杀、被刺杀的，或被刺杀未遂的。但是这种情况并不说明民主崩溃了，而只能说明：也许人类不可能寻找到一种完美无缺的制度，能够让大家都满意，都说好，不发生任何这样的事情，我觉得这是超出人的能力的。我不知道你是不是这么看。

八、离开了正义之导向，法律便成了一种很肮脏的东西

沉：我觉得也许绕过制度去追求境界才是未来人们努力的方向。说到刺杀肯尼迪一事，就不能不提到西方的政治电影，大多数中国人一般都是通过西方的政治电影而了解到西方的法律和制度的。而说到政治电影，中国至今还没有纯粹意义上的政治电影，而西方起码在二十年前就有此类型电影了，比如我小的时候就看过意大利政治电影《警察局长的自白》。其中，警察局长在明明知道罪大恶极的黑社会头子洛蒙诺罪恶累累，却一直没有办法将其投进监狱，他在对检察官的愤怒表述中说道：“我只感到你我只不过都是工具，只不过都是唯上头手令是从的工具罢了”。他最后被迫知法犯法，超越于法律之外，亲手开枪杀死洛蒙诺并自首，最终又惨死在狱中。那么，您认为，在大多数情况下，执法者是作为正义之剑而注解

自身呢？还是作为可怜的工具而任人摆布的？

贺：这不是一个一下子就能给出回答的问题，因为理想和现实之间存在着一种差距。的确，在教科书意义上，在我们原初接受的法律教育也好，我们现在作为教师来说也好，更多地愿意把学生塑造成正义之剑，塑造成为正义事业而奋斗甚至献身的这样一种角色。但实际上，我们现在在把这样一个过分理想主义的东西在往下拉，我们的这种理想主义可能忽略了法律职业者本身的一些真正的特色。比如法律职业者并不仅仅是追求正义的一群人，同时他们也是平衡社会利益的一群人。假如他是一个法官、一个检察官，他就参与到社会利益的实际分配当中。而且如果过分追求正义的话，我们会误会这个社会，以为这个社会只分两部分，一种叫正义，一种叫非正义，我们的任务就是把正义找到，把非正义用正义之剑砍掉，其实并不是这样的，这个社会里存在并不只是正义之术和非正义之术，还存在许多合理的人的实际需求。比方说，每个人都喜欢自己的日子过得更好一些，我们喜欢享乐的生活，我们喜欢私有财产被严格地加以保护。那么，像这样每个人都贪图自己的利益之最大化，你说这是正义的，还是非正义的？过去的教育在这方面显得过分的单一、过分的简单化。而现在我觉得我们应该看到，法律家集团也许也有他们自己的利益存在，而不是一个利益无涉的群体。比方说倡导法治，也许他们能够从法治事业的建设过程中获得非常大的好处。从这个意义上讲，我觉得整个人类的思想发展更加趋向于现实主义。但是在现实主义的基础上，我们不应该忘记，法律工作者的确实承担着非常大的使命，而这种使命又并不简单的是一种利益的工具。法律本身是一种有正义导向的强有力的追求，如果没有这样一种正义导向，法律便成了一项很肮脏的事业!法律就完全是服务于特定集团的工具，我觉得这样的法律不值得我们去追求。

九、有时候，法律本身也是人类苦难的象征

沉：类似的情况也出现在关于雨果的《悲惨世界》的电影中，代表法律的恪尽职守的沙威警长一直在年复一年、风里来雪里去地缉捕在逃犯冉阿让，最后当他终于在法国大革命中抓到了到手的猎物——那个猎物也说，现在我是你的了——之时，警长却被多年来他所亲历的在逃苦役犯身上的人性光辉和高尚情操所照亮和感染。然而他又不得不维护法律的尊严，如此，无路可走的警长只好选择放走在逃犯而自己跳进塞纳河里自杀的结局。今天塞纳河半清不清的涟漪似乎在默然地告诉我们：法律不仅常常给弱者与倒霉者造成更大的悲剧，而使他们雪上加霜，而且也常常使法律自身系统也笼罩着某种悲剧色彩和铁灰的基调。那么，法律是人类社会正义原则和幸福生活之保障呢？还是相反，它是人类福祉的最大障碍——它存在一天，就像刀斧、枪支、毒品的存在那样，本身就预设了某种危险、不公正、弱肉强食又强词夺理的冷酷又肃杀的前提基础？

贺：我认为这也是一种偏向于两极化的思考。在从前悠久的历史中，从古希腊开始的思考过程中，的确存在你说的这种两极化的思考。一方面，有些人相信法治能够带来许多美好的东西，法治是一种非常好的统治；另外一方面，也有人在不断地构想着，将来是不是能够建构一个美好的社会，就是一个法院没事可做的社会。我在读一些西方人关于法学思想史的著作的时候，觉得这样的思想很有意思。在中国的历史上也有过这样的追求，孔子的思想就是这样一种思想，希望一个最美好的社会是一个没有法律的社会。过去如果说一个县官治理得好，人们表彰他时就会说，在他的治下，几十年无讼事－－几十年都没人打官司，这是一个多么好的社会啊！这两种设想或许都把法律给单纯化了，过分地觉得法律就是或此或彼，

实际上，我觉得真理可能是在这两种主张的中间，有时候法律会给人们带来很大的福祉，另一方面，有时候法律本身也是人类苦难的象征！法律存在标志着人作为人本身有不可克服的弱点，人没有办法。柏拉图终其一生在思考的一个问题就是，我们要是完全依赖哲学王的统治，那该多好啊！但是到他的晚年，他觉得这是不可能的，人从其本性来说，只配受第二等好（the

second

best）的统治，就是规则的统治，也就是法治。这是一种很无奈的事情，但是我们现在还没有看到人性有彻底被改变的一天。假如我们全部的人都变成雷锋式的完全无私的人，孔繁森式的一心为公的人，如果全部能够改造成这样的话，那真正是像有人说过的一句话那样：如果每个人都是天使，则法律是不需要的，国家也是不需要的。但是这个前提是不存在的，悲剧就在这儿，所以人类注定永远没有办法去建构一个那样美好的社会。当然，我觉得培养法律人才的过程不是要把每个人都培养成沙威式的执法人才的过程。其实，沙威式的执法者是非常麻木的、缺乏智慧的执法者，也就是法律的敌人。

十、司法能真正独立于国家意志吗？

沉：虽然法学家们可能都不希望法律人才是像沙威式的麻木的、戴着冰冷的面具的人，但实际上，所有的法律所最终塑造的角色其实正是这样的一种类型，这也许是由于法律自身与生俱来所无法排除的某种毒素所致。

贺：沙威是一个警察，在我的概念中，警察只是一个工具，“我”叫你去把这个街道给封锁起来，你就去封锁起来，“我”叫你去把某个人抓起来，你就去把某个人抓起来——沙威就是这样的一个身份。但是一个法官就不可以这样，法官必须保持自己独立的判断力，而不是完全退化成某种工具，或者说走向工具化。

沉：您说的这种法官，除非他退休，或者辞职，如果他任职的话，他就得听从……

贺：不、不、不，我们现在正在推进的这个事业就是要把法官变成一个独立化的角色，法官个人独立，法官无上司。

沉：他可以独立于国家的意志吗－－即使在西方国家？

贺：所谓国家的意志是一个非常抽象的东西，什么叫国家的意志？我们看不见，摸不着。而法官在考量一个案件的过程中，他所受到的最大的制约是法律条文本身和法律职业共同体所认同的规则，这些规则是必须遵守的。如何具体判决一个案子，完全要靠他个人对正义准则的理解和对法律条文的理解，他来判决案件。比方说，在美国，联邦最高法院九个人组成一个大法庭，大家都参与一个案件的判决，有些案件是五比四——四票反对，五票赞成。那么，五个人赞成的方案就是有法律约束力的判决书。而另外四个人往往会做出自己的判决，那些判决也发布出来，可能是针锋相对的，因为他认为有效的判决是错的，所以他就要非常严格地论证为什么有效的判决是错的，所以叫异议判决。有些人说，结论我是赞成的，但是

我认为不应该从这个角度论证，他又做出一种论证的判决。实际情况就是这样，所以每个法官都是独立的，他真的独立于某种有形的控制。当然，现在越来越多的研究揭示出：一个人没有办法完全没有偏见，也许他也有他的偏见，他小时候的经历，他年轻时候的党派意识。比方说有些人天生就同情弱者、弱势群体，有民主党倾向，后来被民主党的总统任命为法官。有些人天生更倡导自由竞争，有点儿共和党的倾向，后来被共和党的总统任命为法官。法官们当然他们会有自己的偏见，但是把他们描述成完全屈从于把自己堕落化成一个工具角色，跟描述成纯而又纯的完全按照正义的准则来判决案件的人一样，都是不真实的，都不接近真实。

沉：那么比较接近真实的理想化的存在应该是什么样的？

贺：法官个人受到过良好的训练，他们对古往今来的知识，尤其是对自己行业的知识传统有一个深刻的体认，然后又通过长期的职业历练，显示出自己是真正卓尔不群的人物，足以胜任司法工作，然后被任命为法官。被任命为法官以后，忠于这样一种职业的独立传统，并且在决策的过程中严格受到程序和法律规范的制约。我觉得这个就可以了，这个就比较接近于我认为的比较理想化的——非理想主义的理想化！

沉：这种理想化的法官组成是不是只有不属于任何国家、不属于任何党派、不代表任何利益集团才有可能？

贺：至少在制度设置方面应该追求一个……

沉：是不是惟有国际法庭才是……

贺：国际法庭其实比较不容易成为我们的理想。

沉：当然，我指的是类似于国际法庭之类型的另一类情况，是当年罗素和萨特为审判“越战”罪行所创设的那种比较理想化的法庭。

贺：因为国际法庭往往是由不同国家的人组成的，有时候国家利益和现行政府的立场会对法官有特别直接的影响，所以反而不像国内的法庭那样相对容易设计。党派问题和特定集团的问题也许在不同的国家有不同的语境，比方说在西方许多国家，法官在被任命为法官之前，他的党派倾向是被考虑的，美国总统任命法官的时候还是特别注重这一点的。克林顿非常罕见地任命了一个芝加哥具有共和党倾向的女法官做联邦法院的法官，这引起报纸很多的议论，因为这个很少见。但是重要的在于，一个人一旦被任命为法官以后，他是否继续受到这种党派的控制。我觉得，在目前法治建设比较好的一些国家里，任何人一旦被任命或被选举为法官，就不得参与任何党派活动，就不得在这个职业的角色过程中过分追求党派的利益，这个是绝对不允许的。在加拿大，一个人被任命为法官以后，就没有权利参加选举和被选举了，甚至连他投票选国家领导人的权利都被剥夺了，因为不允许他跟政党保持太过紧密的联系。但是在中国这样的（特定）语境下，政党的正当性是一个不容被反证的问题，就是说，你现在怎么论证中国的法官应该跟党派保持一定的距离？这简直是大逆不道！但是我觉得还是可以论证一下的。真正让法官独立，对党的利益可能反而是大有好处的。

沉：实际上这样做也确实是一件好事，于国于民于法都是有裨益的。

贺：对，因为我们这个党派的利益是比较特殊的，按照比较正统的说法的话，党是以人民的利益为自己的利益的，那么人民的利益就是党的最高律令，就是党应该做的事情。人民需要一批独立的法官，使得一些案件能够得到公正的处理，使得社会能够更加稳定，使得市场经济能够发育健全、能够发展，人民需要独立的司法来维系官场的清廉，来惩罚腐败。比方说检察院在惩罚一个高官的腐败问题的时候，需要一级一级的党组织批准。这个时候，我觉得独立的司法能够做许多党现在力求做但又做不好的的事情，这是独立的司法擅长做的。所以我希望这一点在今后能够得到更多更好的论证，这事实上也是我这两年在做的一件事情，让更多的人意识到，过分地控制司法、司法不独立是一件坏事情，对于我们党和人民都是一件坏事情。

十一、对法无明文规定不为罪的反思

沉：上次您讲到一个非常有趣的现象，即审判林彪、“四人帮”反革命团伙在过去曾经被作为一个法治的里程碑，但是您却不以为然，认为它与法治原则不尽符合。对没有研究过法律的人们来说，可能是不容易明白的。

贺：我觉得最主要的问题是，法律方面有一个黄金规则：法无明文规定不为罪，法不追溯既往，法律不能够往后追溯。你制定了法律以后，说是法律规定的违法行为在法律生效之前仍然也是违法的，这样的话，生活在从前的人就没有办法预料将来的行为是不是合法的。比方说，法律并没有明确地规定在这个地方聊政治问题是非法的，过了几天又说在这个地方聊政治问题是非法的，而且要惩罚我们，那就太可怕了！因为我不知道，没有办法通过研究法律或者咨询律师来获得这种可预期性。所以我觉得，对林彪、“四人帮”的审判最大的问题就是，它实际上是一个用事后的法律来惩罚一个之前发生的行为，这样的做法可能危及法治的基本原则。纽伦堡审判也涉及到这个问题。

沉：对，纽伦堡审判和“海牙”的许多审判也正是我想反问的一个问题。我觉得法律更像解释学，更像强者和赢家的话语。

贺：是不是我们有一些底线的规范是不允许去突破的？比方说人道主义、人的尊严、人的价值这些问题是不可以突破的，任何人在任何时候都不允许去突破这样的界限。我觉得也许应该作这样的要求，但是你会发现，在某个特定的时候，就会发生问题。比方说，一个普通的纳粹党徒是否因为执行了上面对他的命令，他去屠杀了犹太人，受到法律的追究，然而他只是一个普通的德国士兵，他只是听命于上司，去屠杀，去侵略别的国家，他是否应当受到这样意义上的追究，他事后都要被追究，我们除了追究那个决策者以外，还要追究这种普通人，我们是否要追究拿枪去射杀平民的普通士兵？他如果不去执行命令的话，他也许面临另外一种生命的威胁。这是一个特别难以解决的问题。我们这些不在现场、没有这种处境的人也许根本无所谓，我们可以高谈阔论，我们可以站着说话不腰疼，但实际上当我们一旦穿上军装，我们要执行上级的命令的时候，就不那么简单了。

沉：军人以服从上级的命令为天职，那么，是否可以说，法官以服从既定规范律则为天职？

贺：对，以服从为天职，这个时候，我怎么办？我事后是不是应该被追究？当然这是层次稍微低一点的问题，更高一点的问题就是，即使是那些决策者，按照合法的程序。最近我们组织翻译的一本德国人写的书，叫《恐怖的法官》，讲的是二战时期德国纳粹的法官是如何执行德国议会所制定的法律的。很难处理的问题是，议会制定的法律是严格地依照民主程序的。比方说议会的议员是人民选举产生的，然后这些议员严格按照法律程序来制定规范，制定出来的规范就是镇压犹太人的那些法律。法官的职责是执行议会制定的法律，因为那是人民意志的体现，那么这个时候，法官是执行这个法令，还是不执行？你会发现这是一个特别难办的问题，特别可怕的一个问题。开始，德国的法官有一些质疑，有一些犹豫，但是最后还是驯服了，还是严格按照德国的法律去镇压和残酷的迫害这些犹太人。那这个问题怎么说呢？后来纽伦堡审判的时候，就面临这样的问题：一个人严格地按照法律的规范去做事情，但是他并没有按照一种更高的良知和正义的准则去判决，（而）这个正义的准则是我们后来认识和理解的。这个时候，是不是有罪？不大好界说这个问题。当然，“四人帮”的问题也是一个特殊的问题，带有浓厚的政治背景，不完全是一个法律问题。但是，这个问题显示出中国法治任重而道远，显示的最重要的一个表征就是：我们当时也好，事后也好，没有人提出过这是一个问题。纽伦堡审判，当时这个问题争论得沸沸扬扬，但是在中国，当时大家都在欢呼：这是民主与法制的胜利。

沉：这件事情是不是由您本人率先清醒意识到并提出的？

贺：其实到现在我也没有公开地提出过质疑，因为公开质疑这个问题可能要冒一点风险。当然，我也没有看到别人提出过这个问题。不过，我认为，如果我们能够对此进行深入的讨论，那么中国的法治或许就可能迈出重要的一步。

沉：我也是第一次听到这样一个独到的看法。

贺：对，这的确是一个问题，所以我可以在课堂上发表，但是不知道公开发表这样的言辞会不会给相关的媒体带来不便。

沉：这种担心是没有必要的，这是一个学术的问题，况且您所提出的是建设性的意见，而且法无明文规定不为罪，不能追究以往法律没有规定的东西。在这种双重意义上讲，这就更是一个极为自然的问题。

贺：实际上，在我们的现实生活中，有许多东西都在不断地把这个问题呈现出来，但是讨论的人并不多。比方说利息税，现在在银行征收利息税，合理的做法应该是，自法律规定的某年某日开始以后存到银行的钱才征收利息税，而不是说所有存到银行的钱从某年某日起开始征税。这是不对的，我如果在法律生效之前存钱的话，我并不知道有这样的法律，我是根据当时的银行利率来判断存不存我这笔钱的，而当时并没有征税的这个说法。但是你会发现，我们国家就这么规定了：从某年某日开始，比如你是从两年前存的钱，存的是五年期，两年前你根本不知道要征税，但是它就是一刀切，所有的存款从这一天开始，你今后所获得利息都要被征收税。这总是一个问题。还有，在安徽曾经发生过一个案件：有一个人为下属办了些事，事后收受这个人的一笔钱，使得这个人有了很高的收入，这算不算收受贿赂？……法学界有些人已经开始提出质疑了，认为不应该这么判，但是最后还是判了。还有，如果非国营企业的经理收受贿赂的话，是否构成贿赂罪？

沉：对，这也是一个很令人关注的问题，我们这个语境下常有双重标准和做法。

贺：是一个很尖锐的问题。我认为不应该算，既然现在法律规定的收受贿赂罪的主体是国家公职人员，那你可以通过民主程序来修改法律。在修改法律之后如果再发生这种情况的话，我们就可以依照法律去做，但是在这之前发生的都不应该追究刑事责任，因为并没有这样的规定，不能随心所欲。法制最可怕的就是随心所欲的立法者，一会儿想起一件事，哦！应该这么判，应该这么制定，随心所欲的立法者把人民的安全感和安定感全部都给破坏掉了。

十二、在民主与非民主的两种语境下

沉：卡尔•波普尔曾经说过，在民主法治的制度下，法律可以改变和更换统治者，而如果只有通过暴力才能实现这一结果，就表明其制度是一种专制制度。但是在非民主的国家中，人民为选择一个可能较好的统治者不这样做又不行。而假如这样做的话，是合法的，还是不合法的？

贺：从前托马斯•阿奎那说过一句话，人民有权利反抗暴政，执掌权柄的人必须是在权力取得方面没有瑕疵，否则这个执掌权力的人就好像是一个伪造钱币的人一样，人民有权利反抗这样的统治者，可以把他推翻掉。孟子当年讲过，在某种特定的情况下，人民也有义务反抗不正当的君主。当然从一般原理上来讲，这个是没有问题的，但是在实际的操作过程中，总是存在什么是合法的，什么是非法的，什么是暴虐的统治，什么不是暴虐的统治。比方说，一个人受到法律的制裁以后，可能就会总是倾向于认为法律是暴虐的，统治者是暴虐的。社会中总会有少数反主流文化的人，总是感到受压迫，所以总是有一些人，像圣雄甘地这样的人，一直主张用和平的、非暴力的方式去反抗和抵制他们认为是非真正道德意义上的法律或非法的统治。我倾向于赞成这样一种非暴力方式，这也跟我现在越来越愿意去论证的一个问题相关联。我认为，任何暴虐的制度都离不开暴虐的程序和一些具体的制度，不是根本性的制度。另外一方面，如果想要改变这种暴虐的制度的话，也只能通过一种具体的制度改良来进行。

沉：假如有一些改良非常缓慢，甚至缓慢得让人感到似乎是即使这一代人都牺牲了，也没有可能享受到改良以后的结果。在这种情况下，您觉得应该采取哪种方式比较恰当？

贺：我认为，抱怨改良过分缓慢的人往往是没有认真从事改良工作的人。改良工作是有乐趣的，而且它并不像我们相信的那么缓慢。你会发现，才短短的二十一、二年的时间，我们的社会已经是沧海桑田了，变化太大了。也许有人说，哎呀，在一些根本性的制度方面还没有发生什么变化。但我并不认为是这样的，因为没有那样一个意义上的根本制度。根本性的制度是由具体的制度组成的。比方说，我们现在可以在茶室里天高海阔地聊，二十年前我们根本不敢想象我们可以这么聊天。我们可以有那样一些个仗义执言的新闻媒体，敢于说大家又不愿去说或者不敢去说的话，像《南方周末》那样非常民间化的媒体。我们也建设市场经济，关于市场经济的相关联的讨论现在都在进行，我们也在论证它的正当性。然后，人民代表大会制这样的制度组织越来越走向实化，不像以前那么虚了。我觉得，二十年前有好多不可思议、不可想象的东西现在都在发生着变化。我觉得，从一个改良的角度去思考这个社

会，去努力推进它的时候，你就会看到这种变化，而且你会对每一个细小的变化产生由衷的喜悦，会增进自己往前走的力量，所以我认为并不像我们想象得那么慢。中国社会有一种不可捉摸的逻辑在里头，有时候我们没有办法去描述它。1990 年的时候，我们怎么也不会想到会建立社会主义市场经济，但是 1992 年小平南巡一讲，就搞市场经济了，这还是很大的一件事、很大的一种变化。总之，我觉得事情没有那么悲观。

十三、法袍的内外双重提醒效果

沉：上次您讲到关于法袍的问题，如果我没有理解错的话，您是不是主要想强调因其视觉效果的异样感与夸张感，而所造成的法官的神秘感和独立性……

贺：对，实际上当时想论证的是，这种服饰并不是一件小事，而是一件很大的事情，因为它对于提醒袍子里面的人和袍子外面的人都很重要。

沉：双重提醒？

贺：对。

沉：较之西方流行的法袍这种服饰，中国古代政法合一的县太爷式的蟒袍玉带型的服饰也很神秘，而且更具有夸张效果，单从服装效果方面来讲，您能不能谈一下它们之间的区别？中国古代品官的那种行头是不是比现在更接近西方的近现代法律意识？您好像很不赞成制服和法衔制？

贺：其实它们在官职服饰背后所蕴含的意义方面没有太大的区别，只是外形差别很大，很不一样，当然颜色体现的有一种符号化的意义。但是很大的一个问题在于，蟒袍玉带是中国官场普遍采用的一种服饰类型，只不过图案有所不同。

沉：您觉得在那种情况下，蟒袍玉带对于官员本身和他作用的法庭来说，有没有一种双重提醒的效果？

贺：有。

沉：根据您的推测，这种效果非常强烈吗？

贺：我感觉应该是非常强烈的，因为它是一种官职的象征。

沉：而且当时的击鼓升堂也很厉害啊！

贺：对，比如说他有惊堂木，这也是很好的一个符号和象征，还有一种令箭，都很有意思。

沉：可不可以说，那时的法律意识观念在骨子里比当今还要强烈和肃穆一些？

贺：也不完全是法律，那是一种综合性的统治。

沉：政法合一？

贺：对，完全是合一的，所以实际上是父母官的一种标志，不是一个单纯的法官，中国古典社会里几乎没有单纯的法官，都是法官和行政官等各种官职集于一身的，没有分权学说。

十四、魅力的也可能化为麻木的

沉：上次您在演讲中曾讲道，我国的法官素质不是越来越高，而是越来越低，前不久最高法院招法官，受到了社会的抵制和冷落。这一现象是如何造成的？

贺：主要问题在于现行法院内部管理制度的行政化、等级化以及对人的控制，它不是去追求真正意义上的司法独立，也就是法官个人的独立，结果就会造成了人的尊严感的丧失，从而造成这种的结果：法官们会想，我不是一个很有权力的人，我也不是一个很能够体现自己才华的人，我不是一个能够对这个社会有所影响的那种人，我不能通过自己卓越的判决来影响法律制度的发展从而影响社会的变革，并且留名青史。在这样一种情况下，它跟其他某些职业差别就很大，比方说跟大学教师这个职业。作为大学教师，我可以写一篇好文章，比方说我是板凳不怕十年冷，我坐十年冷板凳，然后写出一篇传世之作——当然这对我来说是极端困难的事情。但是你会发现，这样的职业会对人有吸引力。而现在我们的法官管理制度使得人越来越觉得自己无关紧要，自己只是官僚机器里毫无个性的一个螺丝钉，那有什么意思啊？这样的话，即使对于最聪明的人来说，恐怕也只能走你的路了，去研究史诗，或者去研究文学——多有魅力的一个职业！或者自己去写诗，或者像我这样，到大学里的三尺讲堂上挥洒自如，我觉得我这种职业多好啊！所以，能不能吸引一流的人才进入司法界，对我们的司法未来走向来说，是特别大的一个影响因素。现在似乎还做不到这一点，虽然某些改革的呼唤让人感到事情正在慢慢地转好。

十五、法律——通向政界之途

沉：从美国的政局上看，有不少总统是从做律师而成长起来的，令我尊敬的尼克松先生就是如此。您觉得通过从事法律工作而跻身于政界，甚至成为巨头，这在中国有可能吗？尤其是在我们的有生之年……

贺：有可能，完全有可能，因为现在的最高领导人已经说过这个话了。有一次，江泽民在接见中国法学会代表的时候就表达过这样的希望。最主要的是，这个社会在发生变化，社会在产生对法律的强烈需求。我觉得这种变化的影响因素主要有三个方面，一个方面是社会结构在发生变化，人与人之间的关系不再是像乡土社会那样的社会类型了，我们需要一种外在于我们的。比方说我要跟你做生意的话，如果我不知道你的身世，你不知道我的身世的话，如何去做生意？只好依赖于外在于我们的一种规则，那就是法律，它产生了这样一种需求。

另一方面，经济的管理模式发生了变化，市场化的经济有一种天然的对于法律的需要，因为大规模的交易是发生在陌生人之间的，发生在非常广阔的地域的，这样一来，我们对信用半径的需求就扩大了，不像乡土社会的交易范围只是在熟人社会里。第三个方面的影响因素是政治模式的变化，我们没有毛泽东式的个人魅力型领导人了，在和平时期很少能出现这样的领袖，现在的领袖就是在现代官僚体系——不是贬义的——下的一个人。这个时候，如果社会的治理再走人治的路，已经走不通了。所以我想这是一种相当必然的情况，这些都会使中国的社会越来越走向法治。有一种常见的说法我不是特别喜欢，但可以用在这儿——这属于时代的潮流，一件不可能不做的事情。这也就是我为什么说我们可以乐观地对待这样一种发展前景的原因。

十六、法律与视角

沉：上次演讲中，您还讲到了一个比较有趣的例子：某次，某法官听原告陈述后，就说，原告你说得真在理，然后又听了被告的陈述后说，啊，你说得也很在理。最后当听到书记员提醒他不能同时认为原告和被告说得都对时，又说书记员说得最对。这个例子起码也可以透射出如下复杂情形：一，原告说得真对。二，被告说得真对。三，书记员说得也真对。四，法官，他的综合判断也真对。五，我们的基于各方的判断也都对。由此是否可推出：通常情况下，是非曲直无所谓谁对谁不对，对同一个问题的裁定常常会有无穷多的结果，每一个站得住脚的裁定结果都会有一个切己（或曰切身）的根据和缘由与其相对应，一切裁定结果都有赖于裁定者所站的立场、所处的角度、所代表的利益和意志等语境而定，法律的准则则在这些不同的语境下而变化无常。

贺：大体上来说，作为一个研究者，观察一个社会也好，观察一个事物也好，做一个学术的研究也好，视角主义往往是一个重要的提醒。作出一个判断的时候，往往跟我们个人的处境和价值观念有很大的关系。比方说，我研究法制的发展这个领域，我觉得不同的学者所提出的见解真的是很不一样。我仔细地思考过，为什么这个人会提出这样的见解？他过去的经历是不是对他有某种影响？我发现可能真的没有客观真理在里面，大家你说你的，我说我的，这可能是一个多元社会最吸引人的方面，大家不同视角的观点都能够呈现出来，这样会对制度有影响，会对立法有影响，会对人们最后的选择有一定的影响，大家都能够展现出来。言论自由为什么重要？在一定程度上就是因为言论自由让我们对事物从不同的视角的不同看法都能够展现出来，从一个认识论的角度来说，通常是这样的。但是另外一方面，法庭的司法过程的视角主义应该说是很特殊的，存在两种大的争议。一个争议是关于事实问题的，过去发生没有发生过这件事？你是否看到一辆汽车撞人？这辆汽车是不是这个人驾驶的？这个时候，上来一个证人，看了这个人说，我认为就是这个人。这是一个事实方面的争议，而这个视角主义不是我们通常所说的哲学意义上的视角主义，而是一个跟过去的事实是否吻合的问题。这个时候就要考察是否有足够的可能性来相信这个证人的证词，比方他所说的时间正好是在一个没有路灯的街区里，是一个晚上。那我们就会问，那天晚上你真正能够看清楚是这个人撞了另外一个人，你怎么会认出就是这个人呢？那就要作一番考察了。比方他说，那天正好是正月十五，正好是月亮非常大的时候，我是借助月光看清楚的。但是我们一看日历，那天不是正月十五，而是正月初一，初一没有那样的月亮。这种对事实的考察遵循了另外一套逻辑。实际上现代证据法律制度的发展跟这个东西很有关系，不断地考察相关的数据是否有助于我们真正了解一个事实。这样的争议是非常有意思、非常特殊的一种争议。但更

多的争议可能是属于法律争议，就是说，这个事实问题就是这么一个事实。我们要争论的问题是，在这样一种事实情况下，我们判断一种行为是合法，还是违法。比方说堕胎的问题，妇女到医院去堕胎，堕胎是合法，还是非法？这种争论就完全不是事实问题了，而是一个法律意义上的争论，甚至是社会政策或者人道主义意义上的争论，法官要判断一下，这样的事情到底怎么判，医生应当不应当受到惩罚？自己决定去堕胎的妇女应当不应当受到惩罚？是惩罚医生，还是惩罚父母？是两家都惩罚，还是两家都不惩罚？有时候律师就这样的争论在法庭上打得一塌糊涂。这个时候，我们刚才所说的哲学意义上的视角主义就变得非常重要了。有些律师站在更加保守主义的立场上，坚决认为不能堕胎；而有些律师站在女权主义的立场上，认为应该赞成堕胎，于是就会发生争执。这时候，法官当然也是另外一个视角，对于法官来说，特别难办也是特别有魅力的一个问题就是，他如何能够做出一个判决，让大家觉得，哎，这个判决还是说得过去的。但是不容易让大家都满意，是一个很难办的问题。

沉：在很多情况下，在对很多都很有说服力的理由没有办法把握的情况下，怎么办？当每一个陈述方都顽强地坚持他们各自的根据、逻辑和证据的时候，作为法官应该怎么办？

贺：证据法上有一种学说，叫做……

沉：比如说他们的证据也可能确实都是真的证据。

贺：通常是这样的，不可能两方都真。

沉：两方都真也常常存在。比如就像一枚钱币的两面，如果这个人确认从正面看的结果，另一个人确认从反面看的结果，这就会出现双方都真的情况。

贺：这个不能等同。

沉：只有上帝才能站在全知全能的视角上，而其他一切都不可能。

贺：对，比如说我们刚才举的那个例子，在这样一个夜晚，你看到的这个人到底是不是他？最后的结果是证明，如果一个人在晚上八点钟的时候，当时没有路灯，没有可靠的光线，证人说就是这个人。那么我们在法庭上互相对质，结果就可以否定掉这个人作证的合法性。也许这个人的证据并不错，也许真的就是这个人把另外一个人撞死了，虽然当时光线很模糊，他感觉就是这个人，他就凭自己的感觉。过了几天，他到法庭上去作证，但这个时候，我们要推翻掉这个证据。也许我们会放了这个人，虽然在实质上是他撞死了人，但我们没有办法去相信这样的证人，但是又没有别的任何可靠的证据，这个时候就只好放走，法律只好作出这样一个痛苦的选择，让这个人逍遥法外。

十七、比起别人，如果警察无法无天更可怕

贺：而且现代法律制度的发展很有意思，往往跟人权保护相关联，就是要控制国家权力。比方说在美国，最典型的是米兰达规则、米兰达告诫。我们经常在电视里看到，如果一个警察要逮捕一个人的时候，要说三句话：你被捕了，你有权保持沉默，如果你不沉默，你所有

的话将可能作为对你不利的证据来使用，第三句话是：你有权请律师，如果你没有钱的话，我们会免费为你提供律师服务。这三句话是必须说的，现在美国警察抓人的时候，必须要交代这三句话。

沉：如果在特殊情况下来不及说怎么办？

贺：没有来不及说的，抓到就肯定要说。

沉：有的时候，在你以暴制暴的情况下怎么来得及说呢？

贺：那就是说你要制服他，你要是有制服不了，你被打死了，那就真是来不及说了，或者他逃逸了，那你就没办法了。但是一旦你制服他了，你马上要交代这三句话。

沉：即使对方知道，表示不用交代，但你也必须交代吗？

贺：对，必须交代。

沉：如果不交代的话，算不算违法？

贺：算违法，当然也不一定要惩罚警察，但是这个人以后所说的话都没有证据效力了。如果你预审他，连夜审他，他就交待是怎么回事，最后他到法庭上可以一句话全部推翻掉，就是说他没有跟我交代米兰达规则、米兰达权利。

沉：假如警察交代过了，但是他说没有交代，他就是不承认，那怎么办？通过什么办法来判定？

贺：这个有时候就比较困难了，但是这种情况好像还很少发生。而且这个案件发生的时候，这个被告就叫米兰达，那个家伙好像犯了强奸罪——我记不清了，警察把他抓起来的时候忘了交代他的权利，然后他在法庭就全部推翻了。法官判决说，既然没有交代权利，那么他后来所做的一切口供全部被归为无效，结果这个人就给放走了。大家可能会觉得，哎呀，这是不是太过分了？但是限制国家的权力还是更重要，如果警察都无法无天，比起个别犯罪人来，那就更可怕了。而且这个米兰达过了好多年以后，有一次在一个小酒馆里喝酒，喝醉了酒跟别人打起来了，最后被别人一枪给打死了。结果大家都说，噢，冥冥之中还是有一种报应的……所以人的制度是没办法追求完美的。

十八、香飘万里的小磨坊

沉：您上次讲的威廉一世和威廉二世关于磨坊的那个故事很发人深省。到现在那个磨坊还在保留着吗？

贺：对，它已作为德国司法独立的象征。

沉：这个故事有没有虚构性？还是完全忠实于历史事实？

贺：至少有一些历史记载表明它是真的，我第一次看这个故事实际上是在毛泽东的岳父——杨开慧的父亲——杨昌济的日记里，觉得还是写得挺好的，挺有意思的。

十九、法律与底层弱者群体

沉：我们举一个个案，听不少人讲，晚上在路上，北京的“联防”或警察有的时候看到有些人就问，身份证呢？户口本呢？暂住证呢？工作证呢？如果没有的话，好像就会把这些人送到昌平去挖沟。虽然我不知道这是不是百分之百地真实，但据说是比较真实的，挖沟或筛沙子半个月，甚至一个月，也没什么说法，然后遣返，而且还勒令其家里再出一笔相关的费用。您觉得这种情况算是违法的吗？

贺：我也听说过你所说的这个筛砂子的故事。昨天我跟几个同学在一起，大家前一段时间在搞装修，装修的民工都是外地来的，装修的过程中怎么突然间停了？都哪儿去了？都被抓走了，过了七、八天时间，被放回来了，说是到哪儿去筛了几天沙子，一分钱都不给，就是因为三证不齐全，没有务工证。甚至搞保卫的人也被抓去了，因为搞保卫的人也没有相关的证件。现在北京有大量这样的人，从外地来到北京谋生的人，可能我们这样的人的谋生算是有稳定职业的谋生，而另外有不少人算是没有稳定职业的，比方说是来做一做装修这样的活儿，这样的人很多，他们也使北京这个城市得以运转，并得以建成这样的一个城市。

沉：没有他们还真不行。

贺：对，没有他们不行，包括我们吃菜，包括我们到饭馆吃饭。

沉：建这么多高楼。

贺：所以说繁华的都市都是建立在他们劳动的基础之上的。

沉：血汗基础。

贺：对，而且他们并不是高收入阶层，对于许多普通人来说，他们的收入很低。

沉：每一条马路、每一座立交桥、每一幢大楼差不多也都是他们建的。

贺：对，包工头克扣他们，然后社会还对他们有所歧视。北京的社会治安不好，都市的社会治安不好，人们往往迁怒于外地人，认为都是他们干的。前一段时间，在《南方周末》报道过一个案件——苏平案。有个女的在广东打工，最后又送给精神病院，认为这个人嚎啕大哭是精神异常，就被作为盲流送到精神病院，精神病院的医生毫不负责任，把这个女的放到跟男人在一个屋子里，结果被轮奸。造成一个非常残酷的事件，然后这个事件被报道出来，引起相当大的愤怒。有一个网站，叫中国评论网，他们发起了一组讨论，有的朋友就明确提出来，所谓盲流本身就是一个歧视性的概念，因为盲流这个概念的流行，制造了一批跟我们

不同类型的人，我们往往觉得这些人天生就是低贱的，他们就是贱民，就像印度种姓制度下的贱民一样，往往成为社会暴力施加的对象。我觉得这的确涉及到许多很严重、很严肃的问题。当然，法律有一种不可能两方面平衡的可能性，一方面我们需要发展经济，我们需要倡导人口的流动。另外一方面，在从传统社会转向陌生人的社会这样一个过程中，流动人口的管理的确存在许多制度上的问题。那么，这两者之间对秩序和对经济的繁荣的矛盾追求确实存在不可回避的冲突。我自己基本的想法就是，这些外地人来到都市，他们的生活处境的艰难、他们所面临的种种歧视没有得到社会有效的认知。我们利用这些外地人的劳动的时候，我们心安理得，我们也没有觉得他们的低报酬是一种严重的社会问题，但是有多少人真正为他们的苦难奔走呼号？帮助他们解决面临的问题？他们住的是什么样的？他们的吃……

沉：”北大”这个地方建四环桥，无数个日日夜夜，那些民工的工作环境太恶劣了，而且也非常危险，一旦被轧死可能也没人管。

贺：对，当然都市化不可避免地导致人性关系的某种冷漠，这可能也是难以避免的，但是如果没有人道主义的观念在影响着实际的社会管理的话，那就变得非常可怕了。

沉：我们从道义方面来讲，可能会为这些社会底层的弱者、为这些民工、为这些所谓盲流而奔走呼号，但是从法律方面来讲，长期歧视、榨取和欺负这些弱者群体，随便就抓他们并强制其劳动或强行遣返的种种做法，您分析到底算是违法，还是合法？法律有没有明文规定？

贺：法律中相关的收容审查条例里规定的是，若相关的证明不齐全，当不能够确定他们的职业及他们是从哪儿来的，又有犯罪的嫌疑的时候，在这种情况下，才可以做收容审查。其实那些人并不是那样的，你只要做一点了解工作，找一点证据材料，给他一点时间去开具相关的证明，他是能够做到的，马上就能证明他是从哪儿来的，他是做什么的，有没有犯罪的动机或者意向。况且任何人都应该受到合理的待遇。比方说，在这种情况下，他根本没有任何犯罪的记录，你强迫他去劳动，一点报酬都不给。强迫劳动本身就已经违法了，再不给报酬，就是双重违法，限制他的自由是三重的违法行为。

沉：在目前中国的法律中，有没有明文规定说强制劳动是违法的？作为执法机关强迫劳动……

贺：劳改制度是针对已决犯。对于未决犯，法律上没有规定他们有劳动的义务。

沉：法律对执法者有没有一个很明确的规定？

贺：没有很明确的规定。

沉：那就是说，他们的这种做法也不算违法；因为法律没有明文规定，他们就可以随便怎么做。

贺：但是劳动就应该有获得报酬的权利，我觉得这种欺压本身是违法的，因为对欺压的条件还是有一些明确的限制的。只有对有犯罪的嫌疑，又查不清楚他是从哪儿来的，没有相关的证件的这样的人，才可以作短期的收容。

二十、法学家们的法律，还是权贵与利益集团的法律？

沉：对于我们这些不是专门研究法律专业的人来讲，一开始接触法律并具有法律意识，大都是通过电影资料而获得的。比如印度电影《流浪者》、巴基斯坦电影《人世间》、意大利电影《警察局长的自白》和美国电影《刺杀肯尼迪》等。在《人世间》里，当年轻的公诉人最后在法庭上得知，原来自己一心要将之绳之以法的那个歌妓就是因为社会所迫而沦落为之的自己的亲生母亲——而她母亲多年含辛茹苦，宁愿死，也不愿让真相败露，不愿使儿子身败名裂——之时，他向着法庭义正辞严地慷慨宣告，“法官老爷，如果你们问我是要我母亲，还是要这个社会（事实上，这个社会也正是由他这样的人及其法律所代表的那个上流社会），那么，我告诉你们，我宁可不要这个社会（宁可牺牲自己的前途），也要拜倒在母亲的脚下”。类似的有关专门探讨法律、良知、道德此方面的文艺作品在中国却十分稀有，当然建国前有一部《一江春水向东流》，最后，张忠良作出相反的选择，他抛弃了自己的妻儿母亲，甘愿匍匐在上流社会的脚下。这似乎反映出，有关政治、法律、良知、道德、正义、神圣等方面的探讨与思辨在中国不仅是文艺创作方面的盲点，同时更是中国人深植在血液深处的先天缺陷。而且，通过上述这些电影可以看出有这么一种情况：一方面感到法律确确实实是惩恶扬善、维护正义的。但是另一方面也可看出即使在西方发达国家，法律所带给人们的感受和造成的客观效果也往往充满着悲剧性和宿命性的色彩，他们这些国家的许多人，包括法官和执法者，常常对法律也有深刻的反省和批判。那么，这种情况基本可以推出这样一个不争的事实：法律可以大致分为如下两类，一类是法学家，像亚里士多德、西塞罗、孟德斯鸠、卢梭、洛克、汉密尔顿等诸如此类的法学家们的法律，另一类是权贵、利益集团和邪恶势力们的法律。法学家们心目中所渴望的法律蓝图何时才能化为美好的现实？虽然我们确信法律是公正而无私的，法律的存在不会是主要为利益集团和权贵们服务的，但结果却常常不幸地如此这般。

贺：人类历史存在的法律制度，称之为法律的，无论是从习惯法的角度来说，还是从后来的制定法的角度，大多数情况下并没有那么大的一种邪恶性，有一些底线的规范，大多数情况是得到遵循的。比方说对人的生命价值的肯定，对财产自由的肯定，财产安全的肯定，对基本秩序的维系，这些基本上都获得了绝大多数立法和法律制度的认可。法学家、从事法学研究的一代代学者和思想家们在不断地推进对现实的法律进行批判，认为法律有许多不合理的地方，用一种更高的价值去引导法律的发展，社会本身的演变也在推动法律的变化。应该说，再完善的法律也有它不完善的地方，也就是说它有一些空间，没有办法通过法律使社会完全彻底地有序，现在我们还没有看到有一种社会完全没有法律上的漏洞。那么，在有漏洞的地方，可能就会出现另外一种秩序，这种秩序有些是非正式的。比方说，在银行票据制度不完善的地方，在浙江就流行过“会”的制度，一种民间的融资方式。另外一方面，如果法律不能够对于那些恶行加以有效的惩罚，那么就有可能出现侠客，或者人们依赖于某种非法律的力量。比方说，开店的人都要找当地的黑社会性质的组织对他们加以保护，交一点保护费，这些人能够保护他们的交易安全。这种东西都是法律留下的一些空间，我们看到一些发达国家也有这个问题，意大利的黑手党、华人社区的青龙帮、洪帮等等。这些都是他们在法律的缝隙或者是法律所不及的地方来试图维系一种秩序，但这种秩序有时候会形成对正式法律制度的挑战，因为他们没有法律所认可的程序和规则，比方说把一个人的胳膊给卸了。我听说现在广东那边就出现过讨债，就是大家在做生意的时候老是不遵循做生意的规则，打

官司成本又太高，风险又很大，于是就找一个人把他的胳膊给卸了，看他还给不给钱。这种事情也发生了。

沉：在澳门回归前，某次中央台有这样一个新闻，有记者采访何厚铧时，问他以后澳门黑社会问题怎么办？何好像说，只要他们遵守游戏规则，似乎澳门可以容忍他们继续存在。您觉得在这样一个国家，也包括在西方具有完善法律体系的国家，为什么法律一直要容忍黑社会的存在？东西均不能彻底铲除黑社会是否也暴露了法律本身的无能？

贺：澳门是一个赌城，它很特殊，一个赌城的秩序怎么维系？当然有人说，道亦有道，赌徒也有他们的规则，的确会因赌博而产生一种很特殊类型的人的行为，跟另外一种类型的，比如北京这样的城市好像还有点儿不一样。我是说，其实刚才我说的那个观点也可以部分地用来解释这个问题，即总是没有办法去实现一个完美无缺的社会的时候，侠客、恶霸、黑社会这样的东西就会在缝隙里生长出来。

沉：是否可以断言，像英美这样发达的法律体系本身也是非常脆弱和不完善的，以致于还需要黑社会力量来作补充？

贺：其实，英国社会和美国社会有一点不一样的是，英国社会的民族构成和人口结构方面跟美国很不同，美国是一个太多种族的国家，这样就会产生一个问题，大家从世界各个地方来，而美国法律制度是从英国起源的一种无所谓的 common

law 的体系，普通法的体系是盎格鲁撒克逊人在演进过程中自然而然形成的一种制度。那么，从文化认同的角度来说，绝大多数的白人，即 WASP（White

Anglo-Saxon

Protestant）白人的盎格鲁撒克逊的清教徒的主流社会里，大家对于传统的普通法律制度是很认同的，也愿意诉诸这样一种途径来解决自己的纷争，解决人与人之间靠私人力量解决不了的问题。但是对于来源于其他民族的人来说，来自中国的、来自泰国的、来自伊斯兰世界的移民，他们是否能够真正认同这样的法律制度，这就存在一个 cultural

conflicts，文化上的一种冲突。比方说，一个伊斯兰教徒接受的行为规范跟英语国家的规范不一样，他会认为一个丈夫娶四个太太是合理的，他会认为普通法的法律制度跟他的距离很远。这样的话，美国社会过去所谓的熔炉文化——是要把来自世界各地的人全都熔铸到一起，形成一个美利坚民族，但实际上我们现在发现，它真正要尊重多元的世界，尊重多元化文化的国家，就存在一个法律在这样的国家里是如何维系秩序的问题。举一个简单的例子，在美国，陪审团制度是司法过程中一个非常重要的制度，它的一个非常大的好处是能够在正式的司法制度中间引进普通人的价值、情感、信仰来对案件作出判断，以此来看它是否构成犯罪，它是否构成民事侵权。按照基本的原理来说，陪审团是从当地人中有选择地选出代表，组成一个法官的群体。过去陪审团制度在英国就不存在一个文化上的冲突，但是今天，在美国这样一个社会里，这种文化上的冲突就变得非常严重了。陪审团要达成一个一致的协议，比方说一个人娶四个太太，如果陪审团里面有伊斯兰教徒的话，他就会觉得这很正常、很平常，不应该受到惩罚，而对于那些传统的盎格鲁撒克逊民族的白人来说，他们就觉得这是不可接受的。这个时候，判决的结果就会变得非常不可预测了。所以我觉得美国如何用它的这

一套法律制度来统摄这个社会，来形成秩序，在某种程度上如何包容一种不同的多元文化，这是一个很难的问题，但它还在发展中，在发展中当然会出现这样或那样的问题和漏洞。比方说，因为种族问题给人们带来对司法制度的不信任，发生在洛杉矶的大暴乱就是这种不信任的总爆发。我们没有生活在那样一种社会里，在中国我们平时见到的大都是汉族，偶然见到的少数民族也是在北京这样一个城市被汉族化掉了的少数民族，我们真的完全没有那种异文化之间的冲突。可能到了新疆以后才觉得：哎呀，文化之间的冲突很大，新疆回教民族对汉人的不信任使得文化上的冲突变得很激烈。这个时候，如果法律涉及到文化的整合和统一的话，就会面临挑战，实际上法律还是要承担这样一种使命的，那就是使一个社会形成一个统一的社会，因为毕竟是游戏规则要规范统一。

沉：还是回到我们刚才的问题，即您是否认为法律可以大致分为如下两类，一类是法学家们的法律，另一类是权贵、利益集团和邪恶势力们的法律？

贺：利益集团必须要把它们的利益在立法程序中体现出来，其实法律是不同利益之间交涉的产物，法学家的利益也不见得就单一。比方说，我可能有我自己的利益追求，我刚才在谈城市的外来人的时候，我表达了我自己的观点。你仔细研究一下我的背景就会发现，我可能是来自外地的基层，我看到一些外地人在北京的生活处境，我会感到非常同情。但是如果另外一位搞法学研究的人一直生活在北京这样的都市里，觉得外地人说话带口音，跟他们怎么也谈不来，有可能他倾向于在法律上对他们不要太过于保护。所以法学家也不是一个很单纯的利益群体，也代表完全不同的声音。好的立法程序的最大好处就是能够将不同的利益都给呈现出来，能够让立法代表——人大代表——感受到不同的利益！然后我们制定的法律最后可能是一个妥协的产物，既兼顾到秩序，又兼顾到对弱者的保护，可能最后就是一个妥协的产物吧。

二十一、水火不容，还是水火共舞？

沉：1998 年 7 月，美国总统比尔·克林顿同志在访华期间专程前来”北大”讲演。在我看来这次演讲还算是比较友善，或者说是颇富建设性的演讲，因为他的演讲总是围绕着生存自由，追求幸福的权利这些核心方面的。在接近终了的提问时间里，“北大”的不少学生提了许多十分尖刻的问题，让克林顿同志感到很难为情。比如说总统先生是笑里藏刀，千里迢迢来到中国，是否在笑容背后隐藏着什么危险的企图等等。整个提问时间的问题提问始终充满着一种浓重的火药味，并表现出对美国价值观念、宪法精神与人权准则显而易见的强烈的抵触情绪。这是否意味着中、美，或者说东方文化和西方文化从本质上正如赛义德在《东方学》中所说的那样是不可沟通的？您是否也认为东西文明之间存有极大的文化分歧和不可逾越的鸿沟？

贺：我自己并不觉得有这么大的抵触情绪，最主要是因为那天的提问都是事先安排的提问，也就是说并不真正代表学生们的主流思考方式。而且那天有一个提问是非常精彩的，我认为那个问题不是安排好的，是突然冒出来的。那个问题是：克林顿总统，当我们江泽民主席访问美国哈佛大学的时候，他遇到了抗议他的游行示威，但你今天来没有人抗议，如果今天有人抗议你的话，你会怎么做？这是一个非常精彩的问题，给了克林顿展现出民主逻辑的一个很好的机会。于是克林顿就论证了，为什么批评我们的人是我们的朋友？我会跟他沟通，

我会问为什么要抗议我？你们有什么要求？我能够在多大程度上跟你们发生这样的交流？我觉得实际上从我们中国大学生这个群体角度来说，他们又何尝不希望交流呢？他们也觉得克林顿回答得非常好，因为批评制度也好，批评国家领导人也好，并不是要把你一棍子打死，大家都是抱着强烈的热情，想使得社会更美好，使得国家领导人能够听到不同的声音，而对于国家制度的发展和人民的福祉来说，这是一件好事情，不是坏事情。所以东方跟西方，或者说中国人与西方人的思维方式到底存在不存在差别？过去一位诗人——也是殖民主义者——吉卜林（Lord

Kipling）说，东方就是东方，西方就是西方，两者像两条平行线，永远不能沟通。我觉得这样的说法给我们描述的前景太悲观了，而且事实上，我觉得我是一个典型的中国人，我并不是一个很有西方思维的，但是我觉得跟西方学者也好，跟西方官员也好，我们之间的交流并不存在那样的障碍。当年李鸿章、曾国藩这些人办外交的时候，说是没有别的东西，只是诚而已，要诚恳，要诚实，不要在外交领域中说一套做一套，不要做戏给外边的人看，不要去欺骗外边的人，欺骗外边人的政府往往也欺骗自己人。我觉得在这个意义上并没有我们想象的那么大的冲突，所以我觉得还是可以沟通的。

沉：刚才您所说的是否可以归结为：能够容许矛盾和异类东西的存在、产生和容身的文化背景是文明之先进程度的重要标志之一？

贺：对，实际上矛盾是和谐的前提，我们的古典文化一直追求和谐，孔子讲“礼之用，和为贵”，讲得非常清楚，“君子和而不同”，那么不同就意味着有冲突，人生活在社会里怎么可能没有冲突呢？来自不同的领域，来自不同的利益，同样是国家领导人，他们之间也会有对某些问题的判断不一样的方面，这些东西能够展现出来，能够让人们看得见，那这种冲突又不是激烈到你死我活的那种程度——要是那种冲突的话，又要发生革命了——能够展现出冲突的文化往往是具有真正的包容性和力量的表现。不容许冲突展现出来的文化恰好是脆弱的和非常可怕的，这个社会可能就很可怖了。因为任何冲突的出现都被压制了，被压制的最后结果是火山爆发，最后就是革命，这个是特别可怕的。

二十二、二元对立的交响性

贺：像美国第三任总统杰斐逊说，在民主国里出现小小的骚乱，出现一些抗议，出现一些激烈表达不满的做法，这就好比暴风雨之于自然界，暴风雨是自然界一种合理的表现，你能不容许暴风雨出现吗？那不就很可怕了吗？我甚至觉得跟音乐有某些关联性，为什么中国古典音乐没有出现交响乐？为什么中国音乐只能是二胡那样的单打独斗呢？

沉：从某种意义上来说，交响乐代表了一种负载冲突的体质——解决之后再冲突，然后再解决、再冲突，直到最终的冲突之解决——没有激烈的冲突与对抗，就不成其为交响乐。它是一种旨在表现冲突和对抗的东西，是一种力量性的东西。

贺：对，这个特别有意思，这是一种隐喻，标志着西方文化的特质，一直是二元对立的，内在的和外在的、世俗的和精神的、上帝的和教会的、主观的和客观的，然后在这种对立中寻求和谐。而我们往往不太能接受这种对立，所以一直也没有一种很复杂的文化呈现出来。

二十三、大腹便便与智慧往往呈反比

沉：克林顿在那次演讲的最后说："世界有一天将会再次向中国寻求文化活力、创新思想，以及必然包含其中进步升华了的人类尊严。世界将在最古老的国家的帮助下获得新生"。他的这种观点有很多人不同意，比如乐黛云女士就说，二十一世纪是中国人的世纪之说是痴人说梦。但我预测，可能性还是挺大的，但问题是，就算这种可能不久之后被证实和应验，我们试想，在这样一种新的世界格局中，世界可能会是什么样子的呢？

贺：我相信这样的话是客人对主人的一种礼貌的说法、比较客套的说法，在克林顿的内心深处，他何尝会相信这样的说法呢？这样的未来前景呢？文化的盛衰有时候也不是特别容易论证的。像季羡林的那种说法，三十年河东，三十年河西，二十一世纪该是中国人的世纪了。我简直看不出这是有说服力的论证，你要论证二十一世纪是哪个国家或者民族的世纪，你总得告诉我们为什么会出现这样的前景吧？这种前景的依据是什么？没有论证，全凭我是快九十的人了，我这一辈子看到了许许多多，我觉得应该到时候了。我觉得还是很不够的，尤其是作为一名学者，而不是一个神学家，神学家可以这么说，但是一个搞人文社会科学研究的人，这样的说法不大能令人心悦诚服地接受。我觉得很难说，唯一的一个因素在世界上总是一个强大的筹码，就是我们的人口最多，我们是人口第一大国，这么多的人是世界不得不承认的。但是直到今天，我觉得中国还是一个地区性的力量。

沉：我是说，假如再过二十年或者半个世纪，中国的综合国力确实达到了世界第一位，从而可能对世界起到主导影响，如果说这种机会终于果真轮到我们中国的话，那么您觉得目前的法律等各个方面情况使得那时的中国是否能够对世界起到好的作用？那时我们是否会确实具有像不少西方人所担心的某种危险性？

贺：一个习惯于搞法律的人要回答这个问题太难了！

沉：此前"中情局"和白宫确实预言过，再过二十五年左右，中国的实力可能会超过美国，当然这也不一定非常准确。

贺：这有点儿中国威胁论的感觉。

沉：一旦这种机会降临到我们身上的时候，我们能不能很好地把握这种机会？

贺：我有点儿怀疑，我觉得如果从目前的情况着眼和立足，从现实判断未来的话，我自己看不出来中国二三十年后真的能在各个层面上引领世界的潮流，这需要一种综合性的构建。因为世界强国并不简单地是一个经济的概念，还包括文化的概念，包括制度的概念，而在这些方面，我觉得没有那么快的可能性，并不是西方不走了，只有我们在走，每个社会都在力图赶上去。而目前我们看到的情况是，一个制度发展的前提是真正的鼓励竞争，包括经济的竞争、各种不同方案的竞争、思想观念的竞争，现在我们的竞争远远比不上一些西方国家那样鼓励竞争，简单说就是现在还不存在言论自由，那你怎么能够说——除了神学家意义上的二十年后。我觉得真是很难预测，很难作出一个确定的判断。

二十四、法律的真相

沉：西塞罗说："法是正义与非正义之间的界限。"这是否准确？因为此处的正义可能是彼处的非正义。今天的正义也可能转化为明天的非正义。是否可以说，法是理想与残酷现实、理论与应用、富人与穷人、白人与黑人、有益与有害事物之间的界限更为明确？

贺：这个概念主要涉及到法律本身的演进问题，你这个正义的标准是否在随着时代、文化或者利益的不同而有所变化。我记得帕斯卡尔曾经对这个问题提出质疑，他觉得正义的准则不能够以一种地理的界限来划分，不能说在比利牛斯山的这边杀一个人是英雄，而在那边杀一个人就是一个罪犯，法理的尺度不应该根据地理的纬度加以划分。他提出了一种更普适化的希望，这一直是人类思想史上强有力的声音。但是另外一方面，我们也确实看到法律本身随着时代的变化在不断地变化着，昨天不好的东西到今天就变成好的了。比方说，在上个世纪，联邦最高法院曾经判决说，隔离但平等。就是说黑人和白人之间，大家上学也好，坐公共汽车也好，应该隔离，黑人上黑人的车，白人上白人的车，但是两者在社会福利等其他方面享有平等的待遇。人们似乎也接受了当时的判决，但是到了五十年代的时候，这一规则就受到了质疑、强大的质疑，马丁·路德金要质疑的就是这样一种准则。后来法院改变了他们的判决，宣布隔离但平等是违宪的，最后发生了小石城骚乱，都是因为法院判决这样的隔离是违宪的，但是当地占大多数的白人坚决反对这样的判决，于是就出现了宪法意义上的激烈冲突。目前，大体上我比较倾向于认为有一些底线的法律伦理准则是必须得到各种法律承认和认可的，但是一些更具体的规范化的东西的确存在逐渐演变和变化的过程，当然不是富人与穷人或者白人与黑人这样对照组意义上的。我认为大家生活在一个社会里，还是有许多东西是共同的，比如对秩序的要求，不只是富人要求秩序，穷人也要求秩序，不只是资本家要求签定的合同应该具有法律效力，打工仔也要求合同具有法律效力。所以这里面并不存在一个你的和我的恰好是完全对立的，实际上经常既是矛盾的、又是统一的这样一个问题。

二十五、法律与悖谬

沉：如果一味地强调法无明文规定的不为错，这会不会造成社会的退化？比如您刚才所说的首先规定了黑人和白人隔离但平等，但有人试图打破这个规定，那么这种打破本身算不算是违法的呢？

贺：关键问题在于，社会的演进并不是由法律一家说了算的。当然，决定一个人是否有罪，是否应该受到惩罚，这个是法律说了算的，但是推动社会发展的有好多其他的因素，比如人们道德观念的演进、人们伦理观念的变化、人民正义标准的变化都会逐渐推动立法的发展。但是法律的作用就在于给特定时期人们的正义的准则画上一个句号，当然它会给社会发展带来某种影响和限制，单从一个长期的历史发展来看，这种限制是社会稳定的一个很重要的保障。

沉：那我觉得这里面存在一个严重的悖论：一方面我们觉得法律需要不断地完善……

贺：对，适应社会的发展。

沉：另一方面……

贺：法律必须是旧有的、不能随便更改的。

沉：如果改动或率先通过与另类行为或牺牲——比如马丁•路德金的遇害——去打破它，就又变成违法的和受到旧有习俗与保守思想所憎恨的。

贺：对，不能随便违反规则，有些人提出良性违宪、良性违法，但我总觉得法律的价值就在于它有这种僵硬性。大家会觉得：哎呀，法律真是不好！但是又必须遵循它。这是法律可能的一个比较好的方面，也就是说社会要遵循的某种规则，因为它好坏创造了一种人们合理的预期。法律没有办法朝令夕改，不能因为大家不满，说变就变，那么法律今天变了，明天还要变，后天又要变，法律就变成任人打扮的东西了，变成一团软泥，随便捏了！那法律还有什么尊严可言呢？我觉得这确实是一个很严重的问题。法律天然有它保守的一面，这不完全是一种坏事。前一段时间，河南有一个叫王英的人，她丈夫喝白酒喝多了，喝死了。她听到美国法院作出过一个烟厂赔偿的判决，数额非常大，上千亿美元，于是这个叫王英的妇女就认为中国的酒也存在这个问题。因为酒瓶上没有标明喝酒有害健康，而且她认为标的成分也不对，它不应该标明内含什么水、高粱、小麦，而应该标明含甲醇、乙醇什么的各种有害物质，她认为法院应该作这样的判决，而且她认为这个主张是应该得到法律认可的，因为产品责任法上规定：如果一个物品或者产品运用不当，有可能造成人身伤害的话，就必须要作出警示说明。她几次案件都败诉了。我自己写了一篇文章，我认为她的主张不成立、不合理，没有站在所谓的弱者的立场上。当然弱者和强者之间也可以转化，如果是法院判决王英不可以获得她所主张的 50 万元的赔偿，她丈夫死掉了，她要求酒厂赔偿 50 万元，她的精神损害和实际损害。但是喝酒受伤害的人太多了，有些人长期喝酒，虽然没死，但是喝酒给他的健康带来很大的伤害，他也要求赔偿 50 万；还有人喝酒喝的觉得心血管有点儿问题，也要求赔偿 50 万。这个时候喝酒的人变成了强者，而酒厂变成了弱者。我认为法律里边有一些问题，因为现在的酒厂所遵循的规则都是轻工业部制订的规范，叫《饮料、酒标签标准》，即饮料、酒的标签生产都必须能遵循这个标准，酒厂也要遵循这样的标准，所以我不认为酒厂这种做法违反了法律。如果我们认为这个标准不合理的话，你不要忘记有人大代表，你应该去找你河南的人大代表，通过人大代表来修改这个法律。如果修改了这个规范以后酒厂再出现不遵循这样的规范，那么它就要被处罚。但即使以后的法律修改了，王英也得不到 50 万元的补偿，不能得到任何补偿，因为那是过去发生的，而法律是后来修改的。王英非常愤怒，给《南方周末》写了一篇两万字的文章，具体批驳贺卫方教授的观点（笑）。所以我们这个社会可能稍微缺乏稳健的保守主义或者健康的保守主义这样一种气氛，大家总觉得改革就是好的，变革就是好的，可是我们没有想到，其实有时候我们要看到……

沉：现在还有这么一个问题，即法无明文规定不为罪之定论，好像只有在一个法律比较完善或者相当完善的国度的文化背景下才有效，而对于一个法律非常不完善的国度来说，司法本身就存在巨大的漏洞，许多方面就可能非常荒谬。因而就需要不断地和激烈地批判和打破……

贺：关键问题在于，你要允许“法无明文规定不为罪”在某些环节上突破，突破哪儿？

不突破哪儿？由谁来判断？法律这个行为也没有规定，那个行为也没有规定，这个时候就很容易形成司法专制，就是说你没有办法判断司法的专横，完全是恣意的，完全是随心所欲的，法官认为你的这种做法是违法的，那他就给你判两年刑，也不用法律条文加以支持，这个时候人们是不是就会生活在一种恐惧之中？那太可怕了，我觉得太可怕了。如果大家都认为这种东西不受法律惩罚不大好，那么我们就去推进法律的变化。

沉：假如你推进，而没有明确的手段和办法，那怎么办？比如你没有这种权利和途径去推进，于是你可能只好通过写一篇文章去希望产生一点作用。然而写一篇文章本就很困难，发表又很困难，审查时还会遇到同样的困难，然后它的发行和出版会再遇到困难。这种思想被人知道就愈发困难，被人们接受自然也很困难，这时候怎么办？由思想化为行动就更加困难了。那么，非革命的渐进改良就变成了一个非常漫长、无法想象的环节了。

贺：对，这种问题在法律演进过程中是比较复杂的，就是如何推动法律的发展？在这儿我们可以看到言论自由的重要性和立法程序的重要性。当然我们还是看到一些发展，比方说广东省人大在搞听证会制度，价格方面的立法也在搞听证会制度，电信部门也搞了一个听证会，但是因为它太封闭了，所以人们认为还应该有一个公开听证。其实还是在有一些变化，只不过一个走向法治的社会不可能每一条法律，或者每一个社会层的政策都能得到所有人的认可。不满意但能够发表特别重要，也许有些人的要求并不能得到满足，但只要程序上毋庸置疑的话，那也没有办法。我们所听到的不满都是代表一部分人，社会没有办法显示所有人的共同意志，这是不可能的。

二十六、法律与弹劾

沉：您是否认为，一个国家的宪法中有无规定对国家最高首脑在必要之时可以予以弹劾的这条精神原则，是一个国家文明程度的重要标志之一？

贺：当然，在现代政治制度中，弹劾是非常重要的制度。当我们看到一个领导人、一个行使公共权力的人不胜任自己的职务，但又没有完全达到刑事犯罪的程度时，这种程序是使能够我们及时更换公职人员的一种合理的制度。比方说，在陈希同早期有轻微的违反职务廉洁性的一些行为的时候，可以通过一个弹劾程序把他弹劾掉，这既保全了他自己，也维护了社会的利益。

沉：也维护了党的尊严。

贺：对。

沉：起到了一个一石数鸟的作用。

贺：对。

沉：但是另一方面，是否因为克林顿先生最终没有被弹劾，反而也暴露出美国这个弹劾制度本身就好像是一纸空文，因为它似乎从来没有真正付诸过实施和没有达成过现实。我的

意思是说，在美国历史上还没有哪个总统真正成功地被弹劾过，那么这样一来，这个明文规定本身就存在比较令人怀疑的地方。

贺：我印象中好像是有过一任总统被弹劾了，但我一下子想不确切了，但是大量的其他公职人员被弹劾的情况是有的，比方说法官，两百多年来有六七个联邦法官被国会弹劾掉了。

沉：这是否说明美国最高当政者的权力也类似于皇帝的权力？只有皇帝手下的人可以被弹劾，而在皇帝他本人在位时却没有办法动摇他。

贺：不是，比如尼克松，最后虽然弹劾程序启动了，但是没有进展下去，不过他辞职了。只要辞职了，就不需要再动用弹劾程序了，如果他不辞职的话，弹劾肯定会变为事实的。所以我觉得跟皇帝还是不同。

沉：也许这只能说明美国的皇帝比中国古代的皇帝权限短了一点，但是从本质上来讲，差不多还是一回事。我们始终没有办法通过法律更换正在当政的最高统治者，基本上没有这种可能性。就算在美国有一两个人百年不遇地遇到这种被弹劾的危险，但并不意味着整体……

贺：不是，这是一把悬着的剑，只要有这个制度存在，就是对总统行为的严厉制约。如果没有这把剑的话，那就很可怕了。大多数总统之所以没有被弹劾是因为大多数总统的行为不足以构成弹劾，也包括克林顿事件，没有到那么严重的程度。如果其行为真正严重到妨碍司法的话，弹劾还是会成立的。这说明虽然这种制度没有被经常使用，但是这种制度本身的价值还是存在的。

沉：这又让人不由联想到肯尼迪总统的遇刺了，当时美国为什么不通过弹劾让他下台，而非要用谋杀这种极端反常的方式？

贺：这个案子现在还是一团迷雾，谁也不知道到底是什么人做的这件事，尽管《刺杀肯尼迪》那样的电影做了它的解释。

沉：您觉得那个电影确实是虚构的，还是……

贺：不知道，没法判断，因为我不知道这个事实，有关的档案并没有解密，所以现在还不是特别清楚，电影只是体现了电影作者本人的一种解释。当然，如果这种解释成立的话，你会发现这样的理由没有办法构成弹劾的理由，因为他们为了使这场战争继续下去，保护军火生产商的利益，所以对肯尼迪总统心怀不满，但你怎么拿到国会上去说呀？没有办法说。当然国会里也会有些人表达军火生产商的利益，让他们的利益得到保护，但是没有办法威胁说如果你不那个什么，我就把你弹劾掉。怎么可能呢？

上传时间： 2002/1/29 文章来源：北大法律信息网

一起热门事件　三点理性建言

by 贺卫方

唐卫江义正词严。在重庆数家律师事务所的帮助下，他决定向重庆市高级人民法院起诉，对于佳能香港公司在其促销宣传品光碟中将香港、台湾与中国并列为国家的行为提出四项要求："立即向全中国人民道歉；立即停止光蝶的发放；销毁这些光蝶；索赔 1 亿元在全国建立 500 所希望小学。"（《北京青年报》2000 年 7 月 28 日。另参见《重庆晚报》7 月 22 日报道："维护国家尊严和国人感情　我市律师团援助唐卫江"；7 月 25 日报道："佳能香港公司保持沉默　唐卫江昨向重庆市高院起诉"）由于各种媒体的广泛报道，这起事件在全国产生了很大反响，唐卫江也成为"重庆焦点人物"。

作为一个中国人，听到这样的事件，我也感到相当震惊。从情感上说，对于唐卫江的举动也产生了相当的同情。不过，既然唐卫江要"通过正规的法律程序跟他讨个说法"，作为一个法律人，我考虑更多的是"正规的法律程序"上的一些问题。结果不想则已，一想问题还真不少。我愿意将我的看法谈一下，野人献芹，或许对人们更周全、更理性地看待和处理这一事件不无裨益。

第一个问题是唐卫江的诉讼主体资格问题。这问题又分大小两个方面。小的方面，据报道，唐卫江是"从刚买了佳能打印机的朋友处借来随机赠送的光蝶"后发现佳能香港公司的这起严重事件的。那么，唐并非打印机的购买者，他与佳能公司并不存在生产者－消费者之间的法律关系，因此他是否有资格充任原告人就大可怀疑。从法律上说，这不是一个无关紧要的环节，我国《民事诉讼法》第 108 条明确规定："原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织。"之所以要如此规定，不仅是因为法律不倡导"路见不平，拔刀相助"式的任意诉讼，而且还因为在民事诉讼中当事人享有相当的处分权，可以作出让步、妥协，甚至完全放弃某些主张。这种处分权必须由利害攸关的当事人本人亲自行使。

当然，唐卫江观点似乎是佳能香港公司的行为伤害了全中国人民的感情，因此他是"代表受伤害的中国人站出来，证明中国人不是好欺负的"，他的诉讼主张第一条便是要求佳能香港公司"立即向全中国人民道歉"。这样的立场便引出了诉讼主体问题的更大的一个方面：他代表全中国人民的行为是否获得了适当的授权？《民事诉讼法》规定了在当事人一方人数众多的共同诉讼中，"可以由当事人推选代表人进行诉讼。代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生效力，但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求，进行和解，必须经被代表的当事人的同意。"（第 54 条）"诉讼标的是同一种类、当事人一方人数众多在起诉时人数尚未确定的，人民法院可以发出公告，说明案件情况和诉讼请求，通知权利人在一定期间向人民法院登记。"（第 55 条）这就是正规的法律程序，它要求严格完备的手续；没有授权或者正式的委托文件，一个普通人便可以代表中国人民提起诉讼，那么是否意味着全国人人都可以在所在地法院就同一事件提起诉讼，而法院都必须受理？

第二个问题涉及到这起事件的性质。重庆的有关律师认为这是一起“伤害国民感情的严重的政治事件”，同时也是侵犯消费者利益的法律事件。须知这两种性质混在一起会发生法律上的困难。通常政治事件不属于法院管辖范围，因为其中的是非曲直大抵上并不依据法律的逻辑来界定。法官处理的事务应当是法律意义上的纠纷或案件，他需要根据当事人双方所提出的证据和法律理由作出裁判。虽然法官也要分清是非，然而法律上的是非跟政治上的是非是不同的。在我们的语境中，政治上的是非都是所谓大是大非，容不得半点妥协让步。但法律上的是非，尤其是民事案件中的是非，其中的界限经常是模糊的，有时不过是在不同的利益诉求之间选择更为合理的平衡而已。我们看到，由于唐卫江及其律师们力图把该事件解释为大是大非的政治事件，反而将法院置于一个难堪的境地。唐卫江称：“如果这个官司打赢了，以后外国的企业在中国投资宣传时就会避免有伤中国人民感情的事；如果输了，他们会更看不起中国人，更加变本加厉地在思想文化领域给我们造成混乱，使我们又回到清朝受人欺侮的状态。”如此上纲上线，法院还有任何独立决策的空间么？谁胆敢判决唐卫江败诉，谁就是纵容外人在思想文化领域给我们制造混乱——是爱国，还是卖国，法官先生们，你们选择吧！

唐卫江诉讼请求的一亿元人民币的赔偿额是我们要讨论的第三个问题。他对记者称这不是一个具体调查的结果，“是按照一台机器就两三千，甚至上万元的逻辑估算出来的。”而且他的实际主张更彻底：“他们侮辱中国人的感情，这就是非法所得，应当全部没收，再赔偿我们的精神损失。”如果真的如此办理，“逻辑上的”赔偿额可能远不止一亿元。此外，索赔一亿元作为对中国人民感情伤害的补偿，数额也有过低之嫌。简单地说，加上港澳台同胞，中国人足有 14 亿以上，咋一看天文数字般的一亿元分摊下来，每个人居然只有区区约 7 分钱！中国人的感情未免太廉价了。还有，既然是代表中国人所进行的诉讼，胜诉所获得的赔偿金断不可由唐卫江一个人独自处分——哪怕是建 500 所希望小学；被代表的所有当事人都有权参加分配。唐卫江既没有获得当事人的授权，又擅自作主对诉讼收益进行处分，依据正规的法律程序，这无论如何是说不过去的。

以上只是荦荦大端，这起事件引出的话题还可以延伸出不少，篇幅有限，馀不一一。与媒体上的许多言论相比，这篇建言文字更像是泼冷水。自己只是希望在一些令人激愤的事件出现的时候，我们能够有一些理性的思考和分析。我坚信，这种理性对于具体案件的稳妥处理有好处，对于我们民族的长远利益来说更是极其重要的。

2000 年 7 月 31 日燕北园

http://www.china-review.com/execute.asp?path=/content_files/7zlzjhwf3.htm20000811/7zlzjhwf3.htm&luntantitle=一起热门案件，三点理性建言

上传时间： 2001/9/13　　文章来源：中评网　　本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

以平常心看待高官走上被告席

by 贺卫方

昨日，北京一中院公开审理内蒙古一食品公司诉国家粮食局和国家工商行政管理总局行政答复一案中，国家工商行政管理总局商标局常务副局长范汉云（正局级）以委托代理人身份出庭应诉，这也是《行政诉讼法》颁布 15 年来，中央国家机关高级行政官员首次出庭应诉。

在中国，被告席似乎一直有某种令人不快的色彩。这种观念也许跟在漫长的传统社会中我们的诉讼形态有关。诉讼的发起总是一件艰难的事情，因为儒家的理想总是一个无讼的社会，父慈子孝，兄友弟恭，只要恪守本分，社会秩序就会和谐美好，哪里有诉讼出现的空间呢？于是，诉讼本身就受到了主流价值的贬斥，成为可耻之事。当然，这并不是说任何时候打官司都是不容许的；通常人们会说只有当受到大冤屈、大欺凌无从通过非讼方式解决时，提起诉讼才是合理的———这时我们可以想象给原告带来如此冤屈的被告是多么可恨了，那时候的被告席简直就是一个在衙门示众的耻辱台。

近代以来，我们引进了西方的法律和司法制度：法律与道德不再像此前那样相互勾连在一起了。社会的变化带来了大量道德无涉的纠纷。人道观念的传播使得人们对于即便如马加爵这样的嫌犯也能够更理性地看待。依法行政已经成为一个举国上下耳熟能详的口号，行政诉讼法的确立带来了越来越多的政府成为被告的案件。根据前些年的一个统计，在我国，行政诉讼案件原告的胜诉率已经达到 30%以上，成为法院称颂其独立性的重要符号。

不过，尽管有这样的进展，现实中的一些情况仍然折射出传统观念的藕断丝连，其中一个突出的表现就是人们在心理深处还是把通向被告席之路视为畏途，把被告席看作是一个道德上不光彩的地方。个别时候，一些媒体也在有意无意地传递着这样的信息。多年前，某电视台曾报道过四川的一起案件，一造假企业指控省技术监督局超越职权范围“打假”，法院受理该案，并且一审判决技术监督局败诉。电视台带着对于造假者的强烈义愤报道此案，用的标题耐人寻味：“打假者上了被告席”。我们姑且不说案件本身是非曲直，只说这个标题背后的价值观念，那就是，被告席总是有过错甚至是有罪恶的人坐的地方；堂堂技术监督局而且又是执行打假义举，怎么可以成为被告人呢？该报道引起了人们对那家法院的强烈不满，最终一审结果被翻盘，法学界不少人认为是一桩新闻超越界限的典型个案。

下面是十年前一家报纸的报道片断，这篇题为“县长出庭”的文章表达了对于一位名叫米庆甸的县长的赞赏：米庆甸离开被告座位，笑容满面地来到旁听群众之中，一只只大手向他伸了过来。一位老大爷握着他的手边摇边说：“旧社会是县太爷审状子，如今法官审县长，没想到你真能放下官架子。”米县长笑着说：“民可告官，这是我国行政诉讼法的规定，我当县长的不带头守法，那些局长、乡长怎么会愿意来坐被告席呢？”

从这样的报道中，读者可以得到丰富的信息，其中很重要的是，这位县长出庭与其说是来当被告的，不如说是来做表率的。而且看来这个被告席通常对于有官职者———包括那些科级局长乡镇长———而言，是来不来两可的。这样的报道，带给人们更多的恐怕不是喜悦，而是担忧。

170 多年前，托克维尔称赞英国司法，略谓英国法院尽管缺陷多多，但是，一个优点就使得所有缺点变得不重要，那就是公正。无论原告地位多么低下，无论他起诉的对象多么豪强，他都可以对司法公正充满信心。严复更把英国司法的这种“公理日伸”的品格视为英国得以富强的源头活水。

今天，我们听说国家工商行政管理总局派局级官员出庭应诉，感到欣慰。与此同时，也衷心地期盼这样的事情在我们的社会中能够逐渐变得稀松平常。

上传时间： 2004/4/14 文章来源：新京报 2004 年 4 月 3 日

以直报怨

by 贺卫方

在汽车肇事方面，通常较为恶劣的行径是将人撞伤或撞死之后逃离现场。最近以来，一种更为恶劣的做法似乎变得很盛行，那就是，把尚被勾挂在车下某个部位的受害人拖上一段距离，直把那个不幸的人撞不死也拖死。更令人痛心的是，如此为非作歹者大多是有官职、有权势者。于是，媒体曝光之后，人们义愤填膺，要求严惩的呼声不绝于耳是理所当然的。

不过，值得注意的一个现象是，发生了这类事件之后，在“国人皆曰可杀”的谴责声浪中，法律家更为理性的声音却很少听得到。近日参加法学界的一个小型聚会，几位刑法学家表达了他们的忧虑，这种事件一经媒体揭露，定罪量刑过程中的法律道理——交通肇事，抑或杀人，故意抑或过失——往往容易被淹没，造成民愤左右司法的后果。我不大赞成那种简单地排斥“民愤”的见解；实际上，作为一种社会矛盾的调整器，司法在某些情况下可以将民愤作为量刑时考虑的一个因素。但是把民愤看得太重，为了平息民愤，把不该判死刑的人砍了脑袋，也是不公正的。

记得若干年前，美国洛杉矶的一个陪审团宣布殴打黑人的警察无罪，引发洛城民众抗议，甚至全城暴乱，时任总统的布什先生也发表讲话，认为这种司法制度实在是必须加以改革。但是，联邦最高法院首席大法官却针锋相对，给总统以当头棒喝，指出法律自有其逻辑，司法制度不应完全受制于民意。这样的论证自有其道理，因为尽管在普遍的层面上可以肯定民意或人民意志具有无可置疑的正当性，然而就一个具体案件而言，民意也许是相当情绪化和非理性的。如果法官完全顺从民意，便可能出现对一个社会中少数派的不宽容，走向“多数人的暴政”。因此，在现代民众政体下，总需要某种机制对民意进行一定程度的制约。在许多国家的公职人员里，只有法官是终身任职，不受选民制约，正是为了使他们在作出判决——尤其是不受大众欢迎的判决——时不必过分畏首畏尾，被舆论牵着鼻子走。

在我们这里，法官还没有真正独立的司法权，在制度设计上，司法界以法律家的知识和

思维方式回应外部压力的能力还很弱。尤其是在被大众传媒广泛报道并由此引起高层关注的案件方面，法院围墙更是弱不禁风。这是值得我们关注和思考的一个现象，因为如果我们不能在法律的逻辑与常识的逻辑之间保持一定的距离，那么，法律的独立终究是难以实现的一个目标，而所谓依法治国无非是法律的规则和法律的知识对社会事务的统治，要实现这一目标，高度专业化和强有力的司法界是一个必要条件。

汽车撞人这样的事件是容易引起大众愤怒的，作为执法人员的警察和其他官员将人撞死或拖死更是令人怒发冲冠的事件。但是，越是对待民怨沸腾的事件，我们越需要公正的审判，需要严格地遵循法律的正当程序。这也可以说是孔子“以直报怨”学说的现代意义罢。

原载《南方周末》1998 年 8 月 28 日。

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《运送正义的方式》

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

异哉所谓个案监督问题者

by 贺卫方

《南方周末》视点版 11 月 18 日发表了刘山鹰博士的文章“从宪法看‘个案监督’”，对于这个在学术界一直存在争议的问题作出了分析。作者根据他对于宪法条文的理解，旗帜鲜明地认为人大及其常委会拥有对于法院和检察院进行个案监督的权力，而且认为人大完全可以分享审判权，如同法院也“行使立法权”。在这种解释的基础上，他也对如何避免个案监督权力的滥用提出了几点限制建议。读罢此文，我对于作者的见解深感不安。刘博士的观点表达得直截了当，容许我也坦率地提出一些商榷意见，目的都在于深化对这个重大问题的理解。

宪法第一百二十六和七十一条应如何理解

刘博士维护人大个案监督权最重要的依据在于这两个宪法条文。前者规定人民法院的独立审判权“不受行政机关、社会团体和个人干涉”。在刘博士看来，这里最应当注意的是法条采取了列举法———没有列举在内的就不能作数。因为人大没有被列举在内，所以就可以个案监督，而无需担心此为对法院的干涉。读到这个理由，我不免有一种抬杠的冲动：是的，人大没有被列举在内，可是，没有被列举在内的又岂止是人大和作者提到的检察院？企业不是也没有在内么？那是否意味着企业可以对于法院以及检察院进行个案监督呢？

其实，法律条文列举总不免有所遗漏，一些概念的含义也可能存在模糊之处。例如，这个条文中的“社会团体”所指为何，就不是那么清楚。它包括政党么？如果包括的话，是专指我国特有的“参政党”，还是连执政党也包括在内？如果不包括政党的话，那么可以进行

个案监督的就不只是人大或检察院了，执政党以及参政党也都应当“见者有份”。还有，一直以来个案监督似乎只是人大的专利，我们惯常提到的“两会”中的另一个重要机构———政治协商会议———却没有列于其间。政协无论如何也不能算是行政机关或社会团体，于是，按照刘博士的逻辑，政协委员们当然有理由质疑：凭什么不许政协也个案监督一回？还有军队，在我们通常理解中这个群体也是既非行政机关，又非社会团体，于是军队也可以个案监督。如此，举凡各级人大、执政党以及参政党的各级组织、各大军区及各军兵种、各国营以及民营乃至外商独资中外合资等类型企业都来监督，这么多的机构可以行使司法权，法院检察院恐怕是不办也罢。

所以，如果我们不能接受所有这些未被列举出来的机构都来个案监督的话，那么所谓列举法的理由就显然不能成立了。

至于把宪法第七十一条拿来作为依据，更是明显的误导。人大可能成立的特定问题调查委员会当然要服务于同时也受制于人大的基本或常规任务。作者说他对于什么是特定问题不能给出准确定义，但却言之凿凿地说“肯定不能完全排除法院审理的具体案件，肯定应当包括‘特定个案法律问题’”。我不知道，刘博士这两个肯定有怎样的权威依据，抑或只是来自于一种强烈的信念？如果没有依据，那我为什么不可以反过来说“肯定不能包括法院审理的具体案件”？

作为例外的弹劾权和特赦

在我看来，近年来愈演愈烈的个案监督乃是我们对现代政府所必须遵循的分权制度背后的原理不甚了了的一个反映。刘博士的文章正表现了这种缺陷。他以弹劾案以及人大享有特赦权作为人大也具有司法权的例证，可是，他应当进一步告诉我们，既然人大可以行使司法权，又何必单摆浮搁地把弹劾以及特赦的事务分列出来，只能处理这类事务呢？其中原因恰恰在于，弹劾以及特赦本身是类型非常特殊的权力，必须由人大行使方能维持不同权力之间的制约与平衡。

在这方面，外国的一些探索与实践可供参考。君不见汉密尔顿早已在《联邦党人文集》里对于何以将弹劾权交由国会来行使作出细致分析。简言之，弹劾案涉及到的都是总统、副总统、法官等国家公职人员，受到指控的行为是对于人民委托的滥用或背离，“依其性质，最宜称之为政治性的”。无论是在英国，还是在当时的北美各州，弹劾权都是“立法机构手中驾驭政府中行政公仆的缰绳”。因而由民意机构来审理既符合民主的原理，又具有足够的尊严和必要的无所偏倚(参看《联邦党人文集》第六十五和六十六篇)。

另外，汉密尔顿还专门对于为什么不由最高法院来行使这一权力进行了颇具说服力的论证。实际上，我们知道，弹劾权的行使对象经常指向司法官员，由法院来审理人民对法官的指控，当然不符合程序正义的基本要求。

至于说到特赦或大赦，那只是在案件已经审理结束之后的某种政治调整。这种政治行为往往基于特定的政策或利益考量，而很少涉及对于既定的司法判决的纠正。而且它们是极少运用的一种权力，并不能构成一种常规的司法权或司法监督权。

因此，弹劾权和大赦都显示了人们在如何建立一种更加合理的分权体制和维护程序正义

的深思熟虑，也充分考虑到如何在司法独立与人民主权之间达成一种良好的平衡。这类常规制度中的例外恰好是对于制度合理性的维护，而把例外变成常态，让立法机关也变成司法机关就不免阴错阳差了。仿佛有病吃药，但是我们却决不可以一日三餐以药为饭。

不知所云的限制

看起来刘博士也有些担心人大个案监督权力的滥用，他认为人大代表背后有利益，难免以权谋私。同时人大代表多不具备专业的法律知识，因而“允许单个人大代表进行个案监督，那么难免会出现‘外行监督内行’这种胡乱监督、瞎监督的弊端”。另外，全国人大代表数量如此众多，如果敞开来监督，那么法院将疲于应付。因而，他提出了两项限制措施，一是必须以“穷尽司法救济”为前提，以保证法院独立行使审判权。第二个限制是必须有十名代表联名才能提出监督案，以免法院由于监督过多而陷入瘫痪。

这里的逻辑仍然是非常混乱的。人大代表作为民意代言人，当然要跟特定的利益有密切的关联，如果他不为所代表的利益奔走呼号，则是辜负人民的嘱托。按照监督的惯常话语逻辑，对于司法加以监督的目标就是为了司法公正，那么代表所进行的任何监督都是有助于社会公益的。为什么要限制代表提案的权利呢？如果法院案件的判决普遍不公，那就应当把每一个不公正的判决都挖个底朝天，说什么对最高法院每年提出一千件监督案，法院就撑不住了？如果两千个案有问题，为什么只监督其中的数百件？

再说外行问题，既然说人大按照宪法可以监督个案，前提就是人大因为其至高无上的地位而非专业性而享有监督权，它的合理性基础在于代表系由民选产生，是司法民主的体现。如果说只有法律专家能够实施监督，那么势必在外行代表与内行代表之间作出区分，前者因为不是专家而不可以行使监督权，这种区别又有怎样的道理？再说人数限制就能够改变专业性么？三个外行是外行，十个外行加在一起就变成了内行？

刘博士的第一个限制建议也根本不具合理性。“穷尽司法救济”是何意？依照我国的诉讼法，除非最高法院行使一审管辖权的案件，通常案件实行二审终审制。一审判决后，当事人不服，可以上诉到上一级法院，二审判决后，案件就尘埃落定了，也可以说是常规的司法救济终结了。但是奥妙在于，由于我们有独具特色的审判监督程序，其中包括当事人可以申诉，检察院可以抗诉，甚至最高法院还可以提审(例如著名的刘涌案)，因此，我们这里的司法救济竟是永远不可能穷尽的。这真正是抽象肯定，具体否定；严格地依照刘博士的这种限制，则他在前面所主张的人大个案监督权居然是永无启动的可能！难道这是他的本意么？

个案监督是否必要，如何设置，这不仅是司法改革的大问题，也是宪政体制的大事项。兹事体大，需要积极而坦率的讨论。读罢刘博士的文章，自己实在是按捺不住，就作了上面的商榷。想起孟子的话，“吾岂好辩哉？吾不得已也！”(作者系北京大学法学院教授)

上传时间： 2004/11/27 文章来源：南方周末 11 月 25 日

异哉所谓检察官起立问题者

——与龙宗智先生商榷

by 贺卫方

《法学》1997 年第 3 期发表了龙宗智先生题为“检察官该不该起立——对庭审仪式的一种思考”的文章，就检察官起立与否这样一个法庭仪式细节所反映出来的制度甚至文化问题，进行了颇有意味的讨论，见微知著，很能启发人的思考。作者本人虽系检察院中人，但并非一味地维护“部门利益”，而是在更深入的层面上，提出并论证了这样的观点：由于“没有制度支撑和实际条件支持”，让检察官起立的规则必然会面临实施上的困难。

虽然龙先生的论证有一定的说服力，但是，也许应当明确地指出，对于他的观点和若干支持这种观点的论证，我基本上持反对态度。我认为，尽管存在着种种制度障碍和所谓国情差异，但是，检察官在法官到庭时，与其他当事人和出席者一道起立致敬是一项必须加以严格执行的法庭仪式规则。本文先循着龙文的论证思路提出若干不同意见和论证，然后作些简要的正面讨论，以就正于龙先生和读者。

龙文首先提出的论据——这也是在涉及司法制度改革的讨论中，许多维护“检权”的论者所乐于依赖的依据——是目前我国司法体制中“公、检、法”三机关在刑事案件的侦查和审判过程中“分工负责、互相配合、互相制约”的关系，以及宪法和有关法律所确立的检察院对于公安、法院所具有的法律监督权能。据此，检察院之于法院，从司法职能的角度说，属同位关系。法院无权单方面制定和强制实施涉及公、检系统的规章；从法律监督的立场说，甚至形成上下位关系。要求同位者致敬本身便已有“越位在先”之嫌，而强制高位者向自己敬礼如果不是犯上作乱，至少可以说是没大没小。我们该承认，目前我国的宪法和法律的确没有确立法院在司法系统中的中心地位。但是，作为学术研究，我们应当看到，现行法律体制所存在着某些内在矛盾。最明显的，由于这样的制度，使得辩、诉、审三方本来应当构成的合理的诉讼结构无法运作。（龙文也认为“‘司法至上’应是三角形诉讼结构的题中应有之义。”）控诉方执行控告职能之外，又可以居于审判方的上位，对后者加以监督，这至少在一定的限度内将起诉权和判决权合而为一了。我国检察机关的这种职权特色存在着相当大的弊端，它分割了审判权，从而损害了审判独立原则；它造成了刑事审判程序中控辩双方地位的严重失衡；它还在一定程度上危及“既判力”原则，导致司法判决稳定性的削弱。检察官不起立不过是这种弊端的表征之一。

退一步，我们即使在现行法律的框架之下讨论检察官该否起立的问题，也未必能够得出结论说，法律倡导检察官不起立。法检关系，同位也好，上下位也罢，指的主要是系统或机构之间的关系，它并不能等同于机构中行使权力的个人之间的关系。和国家之间货币兑换的情况不同，上位机构很难与下位机关进行人员方面的“折抵”。孙悟空引用的古语“上邦皇帝，为父为君；下邦皇帝，为臣为子”不应该成为这里的准则。而且，机构通过代表者行使职权也需要依据法律的相关规定，在法律限定的范围内，遵循相关的法律程序进行。龙文引述了新刑事诉讼法第 169 条，承认法律规定的是检察院（而非检察官）对于法院（而非合议庭）的监督，同时该条也明确规定监督的内容是法院“违反法律规定的诉讼程序”，监督的

程序是“有权向人民法院提出纠正意见”（对于所提意见的处理权仍操于法院之手）。这里的规定并没有任何表达甚至暗示出庭起诉的检察官可以不对法官或代表国家审判权的合议庭表达应有的尊重。

至于龙文所谓公检法“三机关各自具有发布有约束力的规章的权力，这些规章在本系统适用，对于其他系统，并无强制约束力”，也不无可商之处。当然，假如法院制定和强制执行涉及检察院内部工作程序之类的规章，不消说是越权。但是，最高人民法院所制定的是法庭的审判规则，而审判庭正是设在法院内的由法官主持的工作场所。在法庭中，法官、检察官或民事案件的原告方律师以及被告方律师乃是所谓法庭工作团队（美国法律术语称之为 Courtroom

work

group）的基本成员。由于法庭审判程序高度的严肃性、法官在庭审过程中的主导地位以及各方面密切协作的极度重要性，有关庭审期间的规章、纪律以及某种惯例是绝对必要的。在我国的现行体制下，这类规则由全国人民代表大会常务委员会制定是适当的，不过，由最高人民法院制定和执行也并无任何不妥之处。因为那毕竟是在法院的审判庭里的规则，这里不妨对“属地法”原则稍作借用。再说，假如检察院可以不服从法庭规则，律师系统归口全国律师协会，也不归法院领导，自然也可以不服从。公安部门属于公检法三机关之一，如果在行政案件中成为被告，也可以端坐不起。旁听席上还有某些特殊人物，例如法院所在城市党委书记以及新华社派出的一位记者，等等，按照高位机关人员和具有监督职权者不该起立的逻辑，他们也可以照坐不误。果真那样的话，法官上庭时，书记员宣布全体起立，实际站起来的只有刑事被告人和个别旁听者。有官职者均稳坐不动，这成何体统？

还有，起立致敬只是法庭规则中的部分要求，其他庭审过程中的纪律和规则还多得是。按照不起立论者的逻辑，只要是法院发布的规则都可以不执行，检察官（以及其他所有不属于法院系统的各色人等）在法庭之上实在是可以随心所欲，什么讲话须经法官允许，什么询问被告和证人要遵循一定的程序，什么禁止喧哗，什么不准拍照，凭什么法官该坐在中央，为什么国徽不能挂在我这边？如此这般，法庭之上定是热闹非凡，但那究竟是审判场所，抑或是戏园子之类的娱乐场所，就不容易区分清楚了。

尽管我非常同意龙文对于我国法官选任制度造成的法官素质不尽如人意的现状的批评，但是，以此为理由否定检察官起立向法官表达敬意却不甚有说服力。龙文指出：“在这种仪式中有十分重要的个别化因素，对审判权的敬意实际体现于法庭法官，如果这些法官并不具有使人肃然起敬的个体素质，那么，要求致敬必然十分勉强。”我以为，这里表达的是一种反制度的观点。须知现代政治法律制度所强调的重要内容之一，正是制度的某种非人格化特征，即职权与行使这种权力的人的个体因素的分离。（其实，这也是一种源远流长的思想，例如孟子便表达过这样的观点。）记得西方有位著名法官在这个问题上说过一句意味深长的话，大意是，最高法院的法官并非由于裁判正确而享有终审权，相反，是因为享有终审权他们才裁判正确。虽然人们希望每个法官都“具有使人肃然起敬的个体素质”，国家也应当改进法官选任制度并提供相应的保障，以提高法官的整体素质，但是，再好的制度也不可能做到使所有的法官都品行高洁，学识渊博。具体到个别法官，如果要考察其究竟是否具有优秀的个体素质，由什么人以怎样的方式去进行，却是一个技术上难以解决的问题。我们大概无法在每次开庭之前组织一次对审理本案的法官的专门考核，然后确定检察官是否起立致敬。

今天我们所能够做的，便是一方面想方设法提高法官素质，包括升高法官的任职资格，另一方面，只能假定主持具体案件审判的法官是一个抽象群体中的一员，检察官也好，律师也好，都向其表达应有的尊重。不管怎么说，对法官的敬礼决不仅仅是针对法官个人；致敬的对象更是国家的审判权，是包括检察官在内的法律家群体所共同维护的法治本身。

至于资深检察官与年轻法官同时出庭所带来的检察官“心理上难以接受”的问题，虽然在常理上可以理解，但是，这里也涉及某些比较复杂的社会心理问题。在农耕社会，经验在生活中占据着重要地位，而经验丰富总是需要相当的年资方能够达到的一种境界。不过，农耕社会中适用的规则未必能够通行于其他类型的社会或社区。我们的成语所谓“年高德劭”也许并不总是在揭示一种因果关系，年高者未必一定德劭；德劭者也不见得一定要年高。在一个特定的社会环境中，某些人获得一般大众心悦诚服的尊重或服从，原因可能是年资，可能是血缘，可能是知识或技艺的掌握，可能是行业累积的传统声望。检察官“心理上难以接受”主要不是因为他年龄比法官大，而是因为他的法律监督者的身份在他的心里发生了作用。假如他要起立的对象不是法官，而是所在城市的党委书记，即使后者比他年轻，大约他也不会感到难以接受，相反，恐怕要毕恭毕敬，唯恐礼道不周的吧。

当然，话虽然这么说，目前我们的法官选任制度造成的许多法官过于年轻毕竟是一个需要注意和解决的问题。因为法官过于年轻，不仅仅可能引起敬礼时的心理障碍，更重要的是法官这种职业具有一定程度的反年轻化特征。（关于这个问题，朱苏力发表于《中国社会科学》1994 年第 6 期的文章“论法律活动的专门化”以及我在《法学研究》1995 年第 4 期发表的“对抗制与中国法官”一文都略有论述，这里不再赘述。）因此，我们是否可以考虑借鉴英美等国从行业一定时间的律师和检察官中选任法官的做法，从而使法官开始其坐堂生涯时不至于过于年轻，是一个值得探讨的问题。（在英国和美国，法官接受任命时年龄在 40 岁以下的情况便相当少见。）顺便说一句，从律师和检察官中选任法官的另外一个好处是有助于法律家集团中不同部门之间的沟通和理解，强化主要由法官、检察官和律师组成的这个集团的同质性，使他们形成一个“解释的共同体”，减少相互之间对于法律规则（也包括法庭仪式方面的规则）理解上的分歧。当然，即使是在英美国家，资深律师或检察官在比自己更年轻的法官主持的法庭上出庭的情况也是在所多有。但是，检察官或律师因为法官比自己年轻便拒绝起立致敬的情况却是闻所未闻。假如年龄或曰年资差异当真被作为起立与否的标准，那么对法官和检察官“生辰八字”的调查和比较势必成为每次开庭之前的一个必经程序，这那里还是法庭，岂不是在重演“桃园三结义”那一套？

龙文又以军事法院中检察官与法官军衔等级差异造成“作为上级的检察官向作为下级的法官起立致敬”的情况作为论据。我对军事司法没有研究，无法评论。不过，作者在这里把军队管理所必需的等级制度延伸到了对于一般意义上的司法制度的讨论之中，却是大可疑问的。与军队不同，在一定程度上可以说，司法职业乃是一种反等级、反官僚化的行业。司法强调法院的独立，审判庭的独立，法官个人的独立。龙文称“在任何要求效率、服从和统一性的地方，这种位阶等级制都不可少，司法活动亦同。”实则法院虽然讲求效率，也要有统一性，然而服从云云却是大谬不然的。尽管上级法院可以通过上诉制度否定下级法院的判决，但是，要求法官也要在更广泛的层面上去“下级服从上级”却是与其职业特性相反对的。司法职业的非官僚化特征是一个很大的问题，容当另文讨论。

检察官是否起立致敬是一个法庭仪式问题，但是，如龙宗智先生所说，它“可以引导我们作一些更深的思索，例如考虑法制改革的配套性和统一性问题，考虑法官如何能够成为世

人普遍崇敬的对象。”在思考这一问题的过程中，我常想起 19 世纪英国宪法学家白芝浩（Walter

Bagehot）在其名著《英国宪法》里表达的一个饶有兴味的观点。他认为英国制度可以划分为两个部分，一部分突出尊严，用以唤起和保持人民的尊敬；另一部分是政府用来执行实际工作和实行统治的职能。在任何社会，最能唤起人们肃然起敬的，决不是最实用的因素，而是最有戏剧性的因素。白芝浩称赞英国宪法特出的优点就是尊严的部分富丽堂皇，足以令人自豪，而职能的部分则简朴而新颖。英国的法院大概可以说是两种职能兼而有之的。除了裁判纠纷、通过解释而造法的实用功能外，它又通过庄严的法庭，法官、律师、公诉人的法袍和假发，法庭中其他人对于法官表示出的高度尊重，等等，营造出一种气氛，所唤起的不仅仅是人们对于法官、法院以及法律的敬重，更唤起人们对于生活于其中的国家的自豪。同时，不断重演的这类庄重而严格的仪式也使得身处其中的人们在潜移默化之中培养了对于秩序的热爱。公民对于秩序的尊重，对于法治的讲求，无疑是民主国家的命脉所系。西方古谚称：“法官不受敬重，国家走向衰亡”（Sublata

veneratione magistratuum, respublica

ruit），表达的也是这样的道理。

龙先生在文章中认为，由于相关改革中深层制度以及“国情”限制，使我们目前不能照搬国外的做法。其实，我们现行法律所规定的这一套司法体制也差不多是照搬国外做法。观察中外文化交流的历史，可以发现，任何外来制度的引入，都会遇到本土文化程度不同的抗拒。但是，当这种制度逐渐在本土立足、扎根，人们常会忘记它的外国“血统”，把它视为国粹，用它来阻碍对更新事物的引进。因此，所谓国粹，未必都是我们的“汉家故物”；所谓国情总是处在经常的变化之中。拿法官与法庭中其他人员的关系来说，曾几何时，我们把当事人进了法院（衙门）不跪倒在法官老爷面前视为不合国情；50 年代，苏联式检察制度的引进也曾遇到过种种阻力，后来我们进行了相当大的修正（检察机关不再是全社会的监督者，却保留了对法院和公安系统的监督权），也接受下来，并逐渐“合法化”。这样的过程启发我们，国情的变化是可以通过制度设计者的努力加以推进的。一些检察官不愿意向法官致敬，的确是现在的部分国情；社会对于法官以及法院的公正性缺乏足够的信任，也是部分国情。但是，这种国情不能够让我们对于法院权威的每况愈下熟视无睹，也不能令我们把检察官不起立的这种目前世界上独此一家的做法视为正常。

多么怪异的问题啊，检察官该不该起立！

附：检察官该不该起立——对庭审仪式的一种思考

龙宗智

最高人民法院关于刑事案件开庭审理的规定要求法官入庭时，全体在场人员应当起立。起立是一种仪式，表示对法官的尊重并向法官敬礼。然而这种仪式化的行为却受到检察官员的普遍的心理抵触和不配合，有些地方甚至因此引起审、检冲突以至妨碍案件的审理。这从

表面上看似乎有些意气用事，但究其深层，却有制度、文化和社会的因素在起作用，也反映出一种仪式缺乏支撑点。

庭审伊始，法官驾临，全体在场人员起立致敬可以说是表示尊重并服从审判权威的必要仪式。从法理上看，所谓“诉讼”，是在一定社会冲突的基础上当事人要求法院裁决其争端的过程和行为。在控、辩、审“三方组合”的诉讼结构即“三角结构”中，审判法官超越诉、辩而居于结构顶端，它因裁判职能和地位，对诉讼过程具有权威性影响和决定性作用。这种“至上性”不仅体现在审判最终决定起诉与辩护的命运，而且体现于法官在审判过程中的诉讼指挥作用，同时还体现于审判方对整个诉讼过程的影响包括评判控方和辩方的诉讼行为，从而规范双方的活动。因此，“司法至上”应是三角形诉讼结构的题中应有之义。这种至上性体现于诉讼仪式上，就是全部其他诉讼参与者对法官崇高权威的尊敬。而且起立敬礼这类仪式化行为，也是对在场者的一种提示，告诫他们尊重法官的权威，服从法庭的指挥。纵观各国，向法官起立敬礼是一种较普遍的法庭仪式。中国的司法，包括刑事司法，仍用控审分离、诉辩对抗、法官裁断这样一种现代诉讼的基本结构，因此在庭审仪式上借鉴他国做法，似乎并无不妥。

然而，任何一种仪式，作为在特定场合下扮演的具有象征意义的一套标准化的行为，必须要有一定的制度或习惯的支撑，同时应当是人们普遍认同的行为方式。法庭中向法官致敬亦同。诉讼活动中对审判方崇高地位的认可和表示，应当建立在一定的制度基础上，也就是说，这种仪式只是一种制度或习惯的程序化表现。而只有在权力分立基础上发挥重要政治制衡作用以及司法制度中处于中心和决定性地位的法院，才能真正享有广泛的尊崇包括各种礼仪。而这一点，在我国是不具备的。我国宪法和法律确认公、检、法三机关在办理刑事案件中分工负责、互相配合和互相制约的原则，在诉讼中未认可司法至上，公、检、法三机关各自分工负责自己所管辖的业务范围，而且在政治制度上也未确认国家权力的分立以及审判对政治的制衡。在政治和司法体制上，三机关，至少是检、法机关，是平等的，并无高下之分。在这种体制下，要求同等地位的检察官向法官起立敬礼，似乎显得勉强。而且应该看到，三机关各自具有发布有拘束力的规章的权力，这些规章在本系统内适用，对于其他系统，并无强制性约束力。在这种情况下，法院自行规定法庭审判中全体人员，包括检察官，必须向它的审判人员起立致敬，这至少对检察院是没有约束力的，法院地位的有限性及司法解释权约束力的有限性，使得这种硬要他人服从的要求容易成为一厢情愿。

还应该看到，我国宪法和法律进一步确认了检察机关对公安和法院的法律监督地位和权能，这种监督是贯彻于整个诉讼过程的，是单向的而不是双向的。检察机关作为有职责和权力监督法院司法活动的机关（至少在法律上有这种权力），就诉讼监督问题在形式上对于法院形成一种上下位关系，这是检察官难以接受向法官致敬礼仪的又一制度原因。对此，有的人也许会说，新刑诉法修改了原法律关于公诉人可以当庭对法官提出监督意见的规定，只允许检察院向法院在开庭后提出监督意见，他们认为，由于新的庭审制度强调了法院权威，检察官只是单纯的公诉人，因此，向法官敬礼并无不妥。但是，他们似乎忽视了新刑诉法同时强化了检察机关的法律监督，检察机关对刑事诉讼的法律监督已确立为刑事诉讼的一项基本原则。虽然这种监督不是任意性的，其内容和方式必须遵循法律的规定，然而，作为总则中的一项基本原则，它是贯彻于刑事诉讼始终的，不存在一个不允许监督的真空或禁区。庭审活动亦同。新刑诉法虽然废止了当庭监督的规定，但该法第 169 条仍然规定：“人民检察院发现人民法院审理案件违反法律规定的诉讼程序，有权向人民法院提出纠正意见。”据此，检察院具有对庭审活动实施监督的职责和权力，虽然监督的主体是检察院而不是公诉人，提

出的对象是法院而不是合议庭，但出庭的公诉人在不违背法律规定情况下不能不负有特定的监督职责，也就是，注视法庭的审判活动是否有违法行为，从而为本院的监督提供依据。否则，检察机关对庭审活动的监督就无法实施，无从谈起。可见，监督性规定仍是法院起立要求的制度障碍。

又一重障碍是法院体制和法官的状况。由于裁决权的十分重要性，法官应当具有丰富的经验和诉讼经历以及充分的学识，他在司法资历和权威性上足以使人对他肃然起敬，因此属于司法界的精英。而且审判法官在法院中也属于少数精英，法院的大量人员是配合法官工作的法律职员。法官的集约化，是司法高质量的保证，也有利于司法判决的相对统一。然而，在我国，法官设员甚多，在经历、学历、知识与能力等方面所作的资格要求不严。根据法律和实际做法，法官的任职资格要求与检察官相同，在这种情况下，要求检察官向法官致敬，尤其是遇到资深检察官与年轻法官同时出庭时，检察官心理上难以接受。这里有人也许会辩称，法官代表法院行使审判权，检察官起立敬礼不是或不主要是对法官本人，而是向国家审判权表示敬意和服从。此说不是没有道理，但不能不注意到，在这种仪式中有十分重要的个别化因素，对审判权的敬意实际体现于出庭法官，如果这些法官并不具有使人肃然起敬的个体素质，那么，要求致敬必然十分勉强。一个比较极端的例子是在军事法庭的审判中。国外军事审判，审判长必须具有高官阶或高军衔，在场人员按照军队纪律和习惯十分自然地会向其致敬。但在我国，军事法院审判对审判员没有职务等级要求，如果一名高职务和高军衔的军事检察官出庭担任公诉人，而担任审判长的是一名年轻的中尉或上尉（这种情况并非少见），在法庭上按法院庭审规则要求在军队职务等级上作为上级的检察官向作为下级的法官起立致敬，这实际上是犯了军中之忌，即破坏了维系军队的高度集中统一和铁的纪律所必须具备的严格的等级制，而这种等级制度的外部表现之一就是下级见到上级时应当敬礼（上级应当还礼），而不是相反。当然，军队和地方是有区别的，但我们还应注意到，在任何要求效率、服从和统一性的地方，这种位阶等级制都不可少，司法活动中亦同。因此，这个例子虽然显得有些极端，但是否能作为一种归谬法逻辑的应用而显示出起立仪式后面的制度欠缺呢？

最后，还不能不谈到被致敬对象的个人品质问题。对法官的尊敬和仪式化表现应当建立在法官个人的优秀品质基础上，人们应当从法官的司法和其他行为中看到其公正无私的坦荡人格，从而发自内心地向其表示尊敬。在法官享有崇高权威的国家，法官的品质普遍受到人们信赖。如在日本，多次民意调查都反映了社会上一般人相信法院的公正远远高于对其他国家机关的信任程度。如 1977 年日本京都大学法学部进行的调查，对“请举出社会上最公正最值得信任的机构”这一问题，46％的被调查者举出法院，而举出中央政府和举出国会的只分别各占 3.6％（见谷口安平，《程序的正义与诉讼》，王亚新、刘荣军译，中国政法大学出版社 1996 年，第 12 页）。法院的权威和受到的尊敬应当建立在公众对法官公正性的高度信任的基础上。然而，这一点，应当说在我国也不具备。虽然缺乏普遍性的统计资料，但社会上流传甚广的一些习惯说法绝非空穴来风。在那种对法官的公正性存在相当怀疑的社会背景下，在庭审仪式上要求对法官的礼仪性尊敬多少显得有些勉强。

总之，笔者在这里无意完全否定起立仪式，但要指出没有制度支撑和实际条件支持的起立要求，容易成为一厢情愿，即使通过将法院的法庭规则变为一种具有普遍约束力的立法，实施起来也显得十分勉强。庭审礼仪冲突本身似乎无关司法之宏旨，但可以引导我们作一些更深的思索，例如考虑法制改革的配套性和统一性问题，考虑法官如何能够成为世人普遍崇敬的对象。然而，这里不能不注意到，由于相关改革中的深层制度限制，使得我们在目前不能照搬国外的做法，应当说，这也是一种“国情”。

原载《法学》1997 年第 3 期。

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《法学》1997 年第 5 期

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

英美法与中国

by 贺卫方

老鹤按：开坛伊始，无以为献。检索自己的一篇旧文，贴上来。这是 1991 年我在中国政法大学主持《比较法研究》时为“英美法研究专号”写的代引言（收入《法边馀墨》，法律出版社 1998 年初版，2003 年二版）。随着岁月流逝，“风吹日晒”，原本的粗浅愈发遮掩不住了。不过，也许其中提出的问题仍然值得今天进一步思考和研究。期望大家批评，更期望大家的深入研究。

这是本刊今年编辑的第二个专号。按照原来的计划，这个专号的题目该是“比较法学的理论与实际”。但是，在今年的编辑过程中，我们发现，我国法学界对于一般的比较法学理论问题似乎兴趣不大，大家更喜欢对某些课题进行具体的比较研究。出现这种现象的原因不是很清楚，或许与我们的传统思维方式有某种关联，也许中国自己的比较法学理论的构建也需要一个由具体到一般的过程。不管怎样，我们还是很乐意地对早先的计划作了调整，推出了这份“英美法研究”专号。

通常所谓“西方法”（Western

law）本是一个十分笼统的说法。人们纵然不同意德国比较法学家茨威格特（K.

Zweigert）和克茨（H.

Koetz）就西方法所作的罗曼、日耳曼、普通法、北欧以及社会主义五分法，[1]但是，大陆法系和普通法法系的二分法还是人所公认的。这两大法系虽然同属西方文化圈，然而在法律传统、法律推理与思维模式、法的结构与分类、诉讼程序以及各种具体制度等方面都存在着程度不同的差异。这个专号所发表的文章从若干不同的角度论述了普通法法系的两个主要代表国家英美两国法律制度的一些基本特色。当然，企图以十多万字的篇幅对英美法的性质与风格作出全面的讨论是不可能的，本专号所未涉及的领域还很多，例如诉讼程序方面的几篇文章并没有对颇具特色的英美证据法进行探讨，一些部门法诸如财产法、契约法、侵权行为法、信托法、刑法，现代一些的诸如劳工法、行政法等等都没有专文研究。这说不上是一个缺陷，因为由学术期刊所推进的学术进步并不像时下常见的冠以“大全”、“通览”等名

号的出版物那样无事不有、包打群科；刊物还要不断出版，编辑者也就心存长远之想。待今后条件成熟，还可以以不同的形式发表英美法其他领域的专门研究成果。日子长了，研究自然会渐趋全面和深入的。

在编辑这个专号的过程中，编者考虑较多的一个重要问题是英美法与中国的关系。在检讨中国近代学习西方法的过程和得失时，不少人提出了这样的疑问：为什么近代中国法律体系的建构走的是大陆法系的路子，而英美法的影响却很少呢？在试着回答这个问题之前，有一个事实需要先辨析一下，就是在晚清的法律改革家眼中，西方不同国家、不同法系的分别并不如今天的法学家那般清晰。我们读《寄簃文存》时发现，沈家本老先生言及西方法律时大抵上都是以“泰西法律”、“欧美科条”、“西国刑法”等笼而统之的。有一次提到差异，不过只涉及司法制度(“泰西裁判之制，英美为一派，德法为一派，大略相同而微有不同。”[2])。我们不应以今天清楚的分类去硬套前人模糊的视野。

决定中国以大陆法系为模范建设自己近代化的法律体系的因素不外乎两方面，一是价值上的选择，一是技术上的考虑。1905-1906 年出使西洋考察政治的五大臣的考察报告颇透露出这方面的一些消息，其中提到美国时说：“美以工商立国，纯任民权，与中国政体，本属不能强同。”[3]说到英国，则称“英国政治，立法操之议会，行政责之大臣，宪典掌之司法，……惟其设官分职，颇有复杂拘执之处，自非中国政体所宜。”[4]但考察德国后，结论便不一样了：“德国以威定霸……立国之意，专注重练兵。故国民皆有尚武之精神，即无不以服从为主义。……其人民习俗，亦觉有勤俭质朴之风，与中国最为相近。盖其长处，在朝无妨民之政，而国体自尊；人有独立之心，而进步甚猛。是以日本维新以来，事事取资于德，行之三十载，遂致勃兴。中国近多歆羡日本之强，而不知溯始穷原，正当以德为镜。”[5]

当然，五大臣的议论偏重政治或宪政层面。具体法律制度取法大陆法系的原因迄今未见专门的研究著作。我们在这里不妨提出若干假说：

（1）大陆法系有成文法典，分类井然，体系完备。对于接受者来说，移植的技术困难比起以判例法和零散的制定法为渊源的英美法要少。普通法在引入印度时也曾不得不走法典化的道路。而将普通法规则予以法典化毕竟不如直接借用大陆诸国现成的法典来得容易和便利。

（2）上述以法典为基本法律渊源的特点与中国传统法律形式的契合。

（3）在法律推理模式上，英美法系的法律家运用的是归纳法，即从众多个案中推导出法律原则。而大陆法系则是将成文法典的法律条文适用到具体案件的审判过程，是一种演绎推理。中国传统司法乃至整个民族的思维方式大体上也是偏重演绎的。

（4）西方两大法系的法律制度虽然都维护着平等、自由等民主制原则，然而，英美法却包含着更强烈、更深刻的个人主义和自由主义因素，而且这类因素已经渗透到各种具体的制度与程序之中。这一点与大陆法系偏重以理性的宣言去宣告和规定公民权利的做法形成了鲜明的反差。正因为这一点，本专号发表的赖特勋爵（Lord

Wright）才能够不无自豪地宣称：“普通法将英语国家维系在一起，它被恰当地称之为自由民族的法律。”不过，英语国家固然因此而维系，其他国家却很可能恰当地将其拒之门

外。中国或许就是这样的国家之一。

（5）清末以来，中国面临的最紧迫的问题是富国强兵以及抑知地方割据。统治阶层常将中央集权和人民对政府的服从作为动员各种资源以实现这类目标的最有效途径。这种倾向与英美法所追求的地方、团体以及个人的自治正相反对，而与欧洲大陆国家自民族国家兴起后所出现的中央集权趋势则颇有暗合之处。

（6）日本的影响。明治维新之后，日本师法西方，改革旧制，社会发生深刻变革，成文东方国家通过“变法”，洗刷外辱、走向富强的典范，也将中日传统的师徒关系倒了个个儿。沈家本的一段话代表了当时一般士大夫阶层的看法。他说：“近日日本明治维新，亦以改律为基础，……卒至民风丕变，国势骎骎日盛，今且为亚东之强国矣。中日两国，政教同，文字同，风俗习尚同，借鉴而观，正可无庸疑虑也。”这类主张为清廷采纳，于是，翻译了大量日本法律著作，延聘了许多日本法律家来华充任教习，甚至直接参与修订和制定法律。一时间，日本教习，频频入华；汉译日籍，充斥坊间。在这个过程中，日本师法西方尤其是德国所建立起来的法律制度和与之相适应的一整套法律理论又大量“转口”中国，融入中国决定的法律体系之中。

当然，上述各点只是假说；既为假说，便需要充分的证据来证明或证伪。本刊对这个问题很感兴趣，期望有更多的学界同仁提供这方面的研究成果。另外，我们的关注并不限于过去；英美法的原则与制度在我们今天和明天的法律制度建设中有怎样的借鉴意义更是倍受关注的大课题。由于着眼于以往中国没有较多地接受英美法的原因，以上六点都强调不利于二者融合的方面。其实，法律除了具有文化的特质外，还有技术性的一面。英美法、欧陆法也好，中国法也好，在一定程度上都是解决特定民族生存和发展所面临问题的制度设计。社会演进到相似程度的民族往往会发展出相类似的法律制度。况且在文化的某些方面，中国与英美还有着较诸欧洲大陆民族更可沟通之处呢。“闭门造车于千载之前，出门合辙于九州之外”，在论述文化差异的时候，我们抱一些相对主义的态度或许是必要的。近代以来，日本法律多效法德国，有人以为日本只能学习大陆法，英美法与之格格不入。但二战以后，却大量地借鉴英美法，在诉讼程序和证据法等方面，表现得尤为突出（二战以后，就连德国也借鉴了不少美国法的原则）。这种转变良非偶然，是可以用文化的原因加以解释的。

不避“佛头着秽”之嫌，在这个“英美法研究”专号前面，就英美法与中国的“因缘”谈了一番感想，姑且比作我们古典戏剧正文之前的“试一出”。下面，还是言归正传，请列位读者阅读专号内的各篇论文和译文。

这是我为《比较法研究/ 英美法研究专号》
写的代引言，原载该刊 1991 年第 4 期

注释：

[1] 参看茨威格特和克茨，《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社 1992 年版。

[2]

沈家本，“裁判访问录序”，《寄簃文存》卷六。据李贵连编《沈家本年谱长编》（台湾成

文出版社 1992 年版），该文写于光绪三十三年，即公元 1907 年。八十多年之后，我们能够说，沈氏这个判断并不确切；两大法系的司法体制以及技术不是微有不同，简直可以说是大有不同。尽管如此，沈氏在这篇序言里对于学习外国法律应取态度所表达的看法却仍具有现实意义："方今世之崇尚西法者，未必皆能深明其法之原，本不过藉以为炫世之具，几欲步亦步，趋亦趋。而墨守先型者，又鄙薄西人，以为事事不足取。抑知西法之中，固有与古法相同者乎。""我法之不善者当去之，当去而不去，是为之悖；彼法之善者当取之，当取而不取，是为之愚。夫必熟审乎政教风俗之故，而又能通乎法理之原，虚其心，达其聪，损益而会通焉，庶不为悖且愚乎。……古今中外之见，又何必存哉。"这番话，真是既痛快，又公允。

[3]

"出使各国考察政治大臣戴鸿慈等奏在美国考察大概情形并赴欧日期折"（光绪三十二年正月二十三日）。

[4]

"出使各国考察政治大臣载泽等奏在英考察大概情形暨赴法日期折"（光绪三十二年三月二十四日）。

[5]

"出使各国考察政治大臣戴鸿慈等奏到德后考察大概情形暨赴丹日期折"（光绪三十二年三月十六日）。其实早在距此十几年前（光绪十六年），"出使英法义比大臣"薛福成就发表过类似的意见："西洋各邦立国规模，以议院为最良。然如美国则民权过重，法国则叫嚣之气过重；其斟酌适中者，惟英德两国之制颇称尽善。"（见薛福成，《出使英法义比四国日记》，岳麓书社 1985 年版，第 197 页。）随着十多年来了解的深入，到五大臣的时候，当得上"尽善"之评的，只剩下德国一国了。

上传时间： 2003/2/12 文章来源：雅典学园英美法论坛

用程序意识重铸司法灵魂

by 贺卫方

——答《工人日报》记者马蔚问§

程序概念提出的背景

记者：程序这个概念应该说是最近一两年才在法学与司法界成为热点问题的，而法学与司法界对程序的探讨又令社会一般公众对程序与司法公正的关系发生兴趣。当然人们也极想了解：为什么在社会对司法人员腐败的不满甚为强烈、同时司法机关高层极力倡导司法改革的时候，程序会自然地在法学、司法以及某种程度上说是中国社会中达到共识呢？

贺卫方：这几年来，一方面是法律界不断地提出程序问题，强调程序的重要性，另一方面，就像你刚才说的，提出这一问题的背景到底是怎么回事儿，大家不是很清楚，我觉得很值得深入地思考一下。另外社会上还存在一些认识，比如说我们中国社会有一个传统就是重实体轻程序，我觉得这是一种似是而非的说法。按照严格程序法的观念来说，并不存在一种重实体轻程序的可能，因为你轻了程序实际上就轻了实体。

实际上，中国法学界与法律界逐渐有意识地对程序法的独特价值加以思考和研究，这跟我们的人权意识的觉醒有关，也是法律职业意识深化的一种征象。传统的说法认为程序法只是辅助性的法律，是帮助实现实体价值的。现在人们越来越清楚地看到，实际上程序法的独立价值应该得到关注，没有程序法可能就没有实体价值。就是从法律决策的角度来看，如果不严格地遵循一定的程序的话，实体实际上是没法衡量的。从这个意义上说，并不存在一种重实体轻程序的可能。

记者：但是，我们有时候在讲实体与程序的时候，感觉上仍然好像是两个东西，至少从读者的角度来理解的话。那么，程序与实体到底是什么关系，如果可以打比方，是实体像内壳，程序像衣服，还是说实体像一台电脑，而程序就好像电脑的一系列操作指令或标准？

贺卫方：一定程度上我们可以说存在着程序与实体的两分，这种分法不是拍拍脑袋想出来的，是社会实践中存在着这样的可能性。仍然以那个分蛋糕的经典的比喻来作说明，如果按照实体价值衡量的话，不同地区、不同民族、不同文化下，应该给谁多一些，给谁少一些，这其中便有许多价值的判断。比如在一个尊重老人的社会，大家就可能会把蛋糕先切一大块给老人；而如果是在美国那样一个儿童的天堂、青年人的战场、老年人的地狱的地方，恐怕大块的蛋糕都给小孩儿了，这就存在实体判断的差别。

但是程序是脱离这种价值判断的。我们做一件事情，用什么方式来获得某种效果，这些方式就是程序。也就说它与价值本身并没有太多的关系，至少在我们过去的理解上是如此。但实际上后来人们越来越觉得，不同程序的安排，可能获得的效果会很不一样。比方说，假定每个人都想吃最大的蛋糕的话，那么就让切蛋糕的人最后拿蛋糕，那么他就会尽可能把蛋糕分得越平均越好。你可以发现不同的程序安排获得的效果会有很大的差别，所以人们越来越强调程序有独立的价值。

从中国的历史文化考察古代的法律制度，你可以发现中国传统的法律文化、法律的思考，不是特别重视法律程序方面的制度，我觉得只有法律职业化的程度到了一定的时候，才会对程序法有一个理性的认识与重视。孙中山先生曾经批评过中国人要建设好自己的制度，首先要学会一些基本的规则，比方说要学会开会。现在我们总在抱怨文山会海，其实有人说中国的会不是多而是少，之所以大家觉得多，是因为许许多多的会议虽然开过了，钱也化了不少，

然而却根本没有解决什么问题。孙中山先生说要学会开会。什么叫学会开会？我的经验，要开好一个会，需要这样一些程序性的安排，比方说开会以前，是否认真地进行选择，出席人是否能够给会议所要研究的问题提出自己独特的贡献；开会以前是否要把准备讨论的、需要与会者了解的资料给他们，使他们能够提前了解；开会时是否能够真正地畅所欲言。前几天报纸上登刘心武说再也不开官僚主持的会议了，因为这种会议发言不限时间，有时发言也不扣紧主题，浪费了大家太多的时间——一个人把所有的时间都占了，那别人还开什么会，来听报告来了。所以开会要有一个时间的安排，而且要求大家说的是真话。开会是要大家贡献自己的智慧，这时候需要真实的东西讲出来。或许最后还应该作一个总结，哪些方面取得了共识，哪些方面还存在分歧。如果会议作出一个决策的话，还要采取那些有效的措施加以贯彻落实。

你可以发现这些是一些规范性的东西，与会议要讨论的主题并没有实在关系，只是为了把会议开得更有效果。这些规则、规范性的安排，就叫程序。

法律上的程序也是一样，比方说要给双方当事人平等的机会，以向法庭提出他们的希望、他们的要求、他们的主张。广东省法院就作出这样一个决定，在开庭之前双方当事人必须进行证据的交换。这与胜诉败诉没有关系，这是程序，你必须要对方知道证据是什么，在民事诉讼中，这叫做证据开示制度，在刑事诉讼中叫证据披露。这个制度确实是很有价值的，以前律师们总希望把自己最关键的证据当作杀手锏，关键时刻突然抛出来，让对方无所措手足。但是，问题在于，既然你有这么有利的证据，那么又何必害怕早些时候公开？对方当事人如果提前了解到你的证据，或许这个诉讼就不必再进行，对方可以庭外和解嘛！这样就可以节省许多国家的司法成本。这个制度是美国首先创立的，后来日本学习，现在中国有些地方也开始学。

我觉得这些程序性的东西，对提高司法效率、促进司法公正都有好处。程序还包括规范双方当事人在法庭上的许许多多的一些规范，比如怎样质证，怎样询问对方的证人，证人是否必须出庭——其实证人出庭是很重要的一个方面；在展开辩论的时候应当遵守怎样的准则，还包括证据排除，比方说通过不法手段获得的证据，如非法录音获得的证据，我们民事诉讼中已经开始倡导对非法获得的证据不予采信，即便他能证明案件事实。因为如果法院接受了这样的证据的话，就会引发更多的非法操作。这就证明中国的法律界对于程序问题已经有了一定程度的自觉。当然在刑事诉讼中进步不大，如果有警察通过刑讯逼供取得证据，我们的方法是，如果相关证据能够证明案件事实的话，那么就接受它们，当然从事刑讯逼供的警察也不能放纵，要进行必要的惩罚。这是典型的实事求是思路。从这些年来刑讯逼供屡禁不止的状况看，这种做法几乎没有什么效果。如果能设定一套程序，只要证据是刑讯逼供或通过其他非法手段获取的，法院就果断地将其排除掉，我认为可以最大限度地抑制或减少刑讯逼供。

记者：刚才您提到在近期的司法实践中，法院也比较重视程序了，这实际上预示着一定规模的司法改革的到来，而这场司法改革会以程序正义作为目标之一。围绕着这场改革，法学家可以把国外成熟的东西介绍进来，在社会上可能会形成相当的舆论氛围。这有助于培养中国公众的法律程序意识。

贺卫方：我觉得主要还是观念上的觉醒。大家终于认识到如果没有良好的程序，或者程序不能得到严格地遵循的话，司法决策就会变成司法专断、司法专横，那么就会导致公民权

利得不到保障。人类历史经验证明，在哪个地方程序法可以被随便突破，那么哪个地方人就是没有自由的。这就是为什么我们在前面说，没有程序正义，就没有实体权利的保障。

所以从法律的原理来说，作为法治，最重要的一个原则，就是法律要能预期，也就是说法律能够给我们提供一个预期的框架，使我们知道我们的行为是合法的还是非法的。不同国家的经验证明，司法程序得到严格遵守的国家，往往是公民权利得到良好保护的国家。美国一位大法官说：在一定意义上来讲，自由的历史可以说是一部程序法的发展史。而另一位美国大法官说则：我宁愿生活在一个实行苏联的实体法、实行美国的程序法的国家，但是我不敢生活在实行苏联的程序法、实行美国的实体法的国家——虽然从实体法来说，美国制度的优点是很明显的——他说，我们不怕法律严苛，但我们害怕法律适用不平等，法律适用充满了随机性，你不知道到底怎样来适用。

记者：是不是可以这样说，程序在我国之所以越来越得到重视，不仅是程序本身的独立价值日益得到认同，而且还因为程序本身即包含着比如适用法律的平等性、对权利的保障等等内容？

贺卫方：对。程序法本身也包含着某种价值性的东西。如果对每个人都适用同样的程序，比如公开审判，大家一样都是公开的，再比如证据交换，不管你的权力有多大，你的能量有多大，都要交换，这时我们便真正建构了法律面前人人平等的制度环节。

程序法可以保护司法决策者

贺卫方：我觉得还有一个问题应该强调，那就是程序法保护决策者。它在一定程度上对决策者是一种保护。司法的决策与其它的决策方式极其特殊。假如财政部给我们每个公务员提两级工资，那么是双赢，每个公务员都很高兴。而司法决策，却是解决两造之间的冲突，他们的利益是相互冲突相互竞争的。司法决策必须给出一个或者这一方胜诉或者那一方胜诉的判决，当然，败诉的当事人从来不会喜欢法院的判决，即使法院的判决是公正的。甚至有时双方都说判决太糟糕了。于是当事人就可能对决策者表达出自己的不满，甚至攻击决策者。有些南美国家，还有意大利，对黑手党等黑社会组织比较严厉的法官时常受到报复，中国也发生过当事人在法庭上把硫酸泼到法官脸上的事件，武汉甚至出现过带炸药去法院意图炸法官的。所以司法决策是一种很容易受到攻击的决策，司法职业也是一种很容易受到攻击的职业。

前一段各地包括北京市，都在推行做让人民满意的法官的活动，当然初衷是非常好的，但我个人认为这是一个不妥当的活动。因为法官不可能叫人民都满意。你可以从抽象的角度说建立一个叫人民更满意的司法制度，但具体到每一个案件中，肯定有一部分人民是不会满意司法的，这原因并不一定是由于司法表现不好，司法表现再公正，也总有一些人不喜欢他。

因此，我们需要建立一种方式，一种屏障，来使司法界免于攻击。如果程序得到严格遵守，你就不能攻击我，因为我是平等地适用程序的，我都要求你们交换证据，给你们平等的时间，你没有把关键证据找到，是由于自己的原因。最后二审上诉的时候才把证据拿来，我们国家还接受这种新证据，而有些西方国家上诉法院就认为这是不可以接受的，就可以判决

驳回上诉了。你想攻击，但你没有办法攻击，因为司法资源是非常有限的，如果过两天对方当事人又找到新证据，法院岂不是始终处于一种无休止的状态？所以法院作出决策的时候，需要一种保护，比如西方有些国家包括我们国家的香港实行陪审团制度，也是一种程序性的机制，可以保护决策。首先是 12 个外行人，进到正式的司法程序中来，分割了由职业法官垄断的司法权。看起来是对国家司法权完整性的一种破坏，但实际上美国的一些法官坦率地认为，这对他们实际上是一种好事，为什么？因为陪审团决定一个刑事案件是否构成犯罪，决定一个民事案件是否构成民事侵权。而陪审团是由谁来选择的呢？是用随机的办法，首先选出一大堆的候选人来，然后由当事人的律师参与遴选陪审员的过程，最后双方当事人参与选出的人组成陪审团。陪审团的决策又是一个特别暗箱操作的过程，庭审之后他们就退到一个黑屋子里审议，他们的审议过程是不允许任何人知道的，除了他们自己。然后他们走出来说：我们作出决议了。法官说：请宣布。于是他们说：我们宣布被告人无罪。没有哪个人可以问陪审团：你们为什么作出无罪判决？因为在那里，陪审团的声音被等同于上帝的声音和人民的声音，而根本不用解释理由。你可以发现，好像攻击者总是找不到任何攻击点，你可以看到陪审团在分割了司法权力的时候，也承担了司法过程中最重要的一部分责任，那就是判决一个人有罪还是无罪。这样的程序设计就确保了司法决策者可以不必受到这样的过于强大的压力和攻击。

我们现在对程序法有一些觉醒与这个背景也有关系，你可以发现中国的司法界现在可能是处于空前的压力之下，整个社会对法院、检察院的不满达到了相当大的程度，这从制度方面来说也是好事，因为它可以促进司法改革，当然同时，法院、检察院尤其是法院需要一些程序性的装置来减少这种攻击与压力。

节约司法成本

记者：从某种意义上讲，在任何一个国家都不可能完全避免司法的错案，我们没有办法建立一个完美无缺的制度来保证每个案件都能得到公平审理，得到实质正义。因为人类毕竟是有缺陷的，任何制度当然也一定有局限。

贺卫方：甚至可以说一定的错案率是一个健康的司法制度的必要条件。一定会有错案，而且我们也不可能做到有错必纠。这里有两种不同的价值：一个价值是更完善地保护公民的权利，另一个价值是法律资源的有限性和法律的安定性，比方我们国家的法院实行两审终身制，尽管有审判监督程序，但实际上二审作出的判决就是终审判决，需要有一种终局性和不可改变性。但长期以来的历史传统实际上不利于确立司法的终局性。

记者：比如中国人耳熟能详的杨三姐告状的故事就是典型……

贺卫方：对。为什么中国古代社会百姓都喜欢告御状呢？一方面千方百计上京城，请求最高层的干预，确实能够解决个别处理不公平的案件。而另一方面，从上边来看，皇帝也喜欢通过自己的干预来证明自己的清明，体恤民情。但从历史上始终没有一种强烈的建立法律的确定性的传统。日本有一位非常著名的研究中国法律史的专家，叫滋贺秀三，他说实际上中国传统法律的文明达到了相当高的程度，但有一点与西方传统有强烈的对比，就是法律没有确定性。表现形式之一，也就是说在这个国家中，没有哪一个司法判决是不可以改变的。

美国最高法院的一个大法官的一句话非常有哲理，他说，我作的判决是终局性的不可以改变的，不是因为我的判决是正确的，恰恰相反，我的判决之所以是正确的，是因为我的判决享有终局性，我的判决是不可以改变的，只能遵循这样的判决。你可以发现很有意思，当二审有人感觉不公平但又没法推翻这样的判决的话，大家就回结束这一个案件。就会去安排自己的生活，该干什么去干什么。如果允许当事人不断地诉诸更高层的关注去试图推翻这个判决的话，那么当事人就真的会不断地向上反映诉求，那么人们的生活永远不安定。你想，你今天可以找一个市委书记干预，明天我可以找一个省委书记，市委书记刚定了调子，省委书记又翻过来，过两天到了最高人民法院，可能又得再翻个个儿。真像烙馅饼一样。有的案件居然作出五六次判决，打了十年官司。你说这浪费了多大的司法资源和社会资源！

记者：前些天有一个读者从河南打电话给我，说他的一个案子拖了十多年，判决加裁定已超过十份。对于这一点，我的看法与您稍有不同，我觉得有些案件的确存在极大的不公，多少年来辛辛苦苦挣来的家当，可能一夜之间因一个判决就被剥夺了，而这种剥夺可能从法律上来说是完全不合法的。那么这种情况下，你让他耸耸肩膀然后去重新安排自己的生活，似乎不大可能。

贺卫方：我相信你说的话，绝大多数上访的人是受到了极大的冤屈，我们地方司法制度在某些案件的处理上的确扮演了糟糕的角色。我见过一些上访人员，严冬刺骨的寒风吹着他们单薄的衣衫，他们无奈地奔走于陌生的京城和各种陌生的机关之间，真正是令人同情。但是我们应该怎样走才能从根本上解决问题？我们是永远鼓励每一个案件的当事人诉诸于更高层次，给地方法院施加压力？还是去真正好好反思一下如何建立一个从基层法院开始就比较公正的司法的体制？我觉得这是我们探讨程序问题时没有太好地讨论到的地方。因为程序法要得到良好地遵守，需要一个高素质的司法官制度，否则就太难了。当然当事人的不满还来自于地方保护主义，这些年来法院的地方化倾向很重，一个经济案件在不同的地方审，不同地方的法院往往倾向于本地的当事人，以至于有些案件在两个不同的地方法院同时受理，同时审理，而作出的判决大相径庭。人们会感觉到非常的困惑：这个国家法律还是统一的吗？首先是体制上，当法院置于地方的权力控制之下的时候，地方保护主义是不可避免的。不可能通过教育鼓励每个人都做大公无私的法官，法官就能够超脱地方权力网的束缚。要建立一个全国的统一的司法体系，必须把法院从地方的控制下解脱出来，这样就能减少许多的错案或冤案。现在金融体制与地方分离了，但与银行相比，法院的非地方化安排更重要。因为银行的问题我们还可以诉诸法院来解决，但是法院的不法裁判我们不可能诉诸银行去解决。

我认为应该建立一个司法区划与行政区划相分离的司法管辖区制度。即使是基层法院，也鼓励超越县市这个行政区划建立基层法院，法官也都是由国家来直接任命的。这样一来，我相信他们就不再受到地方的干预，司法独立就自然地受到制度的保障。

法官职业化

记者：说到法官，人们对法官队伍的微词的确也不少，似乎一方面是社会对整个法官队伍缺乏应有的尊崇，另一方面法官队伍中也确有一些人做得不那么好。

贺卫方：现在许多错案冤案、一些很荒唐的案件，不少是由于法官对法官职业的基本的伦理准则的完全无知、无视、置若罔闻，这原因到底在哪儿，根本原因在于法官这个队伍目前是最不专业的。在司法官员的选任方面，我们很长时间里没有任何专业化的追求。我们的法院到现在为止也还可是外行人最容易进的一个机关，医院你能不能随便进？幼儿园的阿姨你能不能随便当？都需要一定的训练。而法院呢，什么人都可以去，最糟糕的是，这大大削弱了这个职业本来应该有的荣耀。

记者：而且可能使得法官队伍没有共同语言……

贺卫方：没有，他们丧失了共同语言，相互之间是秀才遇到兵，有理说不清。表面看起来都带着大檐帽，都是法官，可实际上大家却没法沟通，于是就带来一个司法标准的混乱。大学法律教育为什么设立？教科书为什么要统一？你在北京，他在武汉，我在厦门，我们学习的是一套法律，语言是一样的，我们对无罪推定、不当得利、恶意买受人这些特殊的概念有一个共同的理解，大家分享着一整套共同的知识，这时司法的标准就容易统一，更重要的是我们还共同分享着这个行业的伦理准则，大家对于什么是法官应该做的，什么是法官绝对不能够做的，什么是法官应当谨记的东西，大家会有一个共同的认识，大家都会觉得私下里跟当事人一起去唱卡拉 OK 是可耻的，那么这种同事之间的约束就相当强了，我觉得这种同事之间的监督比检察院的监督、人大的监督更重要，因为同事天天生活在一块儿，如果同事天天以一种看不起的眼神看着你，你就会受不了。

而现在什么样的人都在法院里，伦理的规则都是四分五裂的，比如有的人觉得吃当事人的饭是件很大的事，可有人认为，吃个饭有什么呀。你在盯着他瞧不起他，可也许还有一些人盯着你瞧不起你呢。

我自己觉得在中国的法院里出现了一种逆动，就是逆我们希望的制度建设思路而动，就是一些相当优秀的法官在法院干了一段之后干不下去了，去干律师去了。我觉得从体制上讲，就是因为这个队伍太参差不齐了，就会导致一种共同体意识的丧失，导致劣币驱逐良币，导致好人不愿在那儿待着的结局。最高法院招考十名法官最后应者寥寥，为什么会有这种状况？这么大一个国家最高的正义殿堂，在那里做一个法官该是多么荣耀，但为什么教授们、研究员们、官员们很少选择走进神圣的殿堂的这条路？很大的原因就是：你进去干嘛？如果里边的素质参差不齐的话，就会给人带来这样一种疑虑。而整体的素质的低下，如果不加以真正的改变，想通过上边或者外边的监督，以避免冤案、错案，或者消除司法腐败，显然是不可能的。

基层法院特别重要，有些法院领导说话有些外行，说什么高级法院的法官素质应该更高，好像基层法院的素质就不重要。我认为这是不对的，因为基层法院与我们权利保护的关系是最密切的，就像你刚才说的，有时候有一些轻微的不公正，受点委屈，有些人想上诉还要考虑一下风险怎么样，还要交上诉费，或许这么一考虑就不愿意上诉了。如果基层法院法官的素质普遍比较高的话，就会更好地保护我们的权利。所以我的建议是中国法学院的大学生进入法院不应当直接进入中级或以上的法院，他们应当全部从基层法院开始干，作为一项严格的制度。我接触基层法院就不少，有一个基层法院院长说，干警一百六十多，正规的大学生只有三五个。

记者：确实，越到上边学历越高，而真正大量的案件审理恰恰由基层法院进行。您的建

议很好，但实践中恐怕不好实行。需要有其它制度上的保障。

贺卫方：提高法官待遇呀，减少法官数量呀，提高法官尊荣呀，对法官的任职资格作最必要的保障呀，不经过必要的程序不可以随便罢免呀，这些都很重要，包括庭审方式改革，使法官可以审、判合一，素质低的根本就上不了庭。

记者：那么严格的很专业化的程序是否有助于法官的职业化？

贺卫方：程序要想得到严格的遵守，肯定需要法官们对什么是程序、程序怎么被遵守有一个共同的认识与认同，如果不这样肯定不行。没有受过法律训练的人最不知道什么程序：干嘛搞得繁文缛节的，什么东西都是实事求是嘛，明明有这个证据能够证明案件的事实，你干嘛不用呀？这就与受过严格的法律训练、有较为成熟的法律意识的人不一样。

程序得到普遍重视尚需时日

记者：您认为就现在而言，程序观念在司法人员、大众那里，其接受程度如何？

贺卫方：我觉得在中国要严格推行程序公正确实面临一些现实的困难。最主要是，我们把哲学上的一个非常正当的原则也就是实事求是原则，不加限制地适用到法律过程当中了，这时候你会发现法律本身所需要的那种通过人造空间解决纠纷的过程被破坏、消解掉了。法庭的过程实际上是一个非常人工化的过程，与外部的隔离、程序法的严格遵守、法官服饰的特殊的符号意义、法律界所使用的语言，等等，都向外部世界昭示着不一样。如果是一个外行人，你必须借助于律师。我们在哲学或者在政治领导过程中的一些非常有效的原则在这里就应当加以限制，甚至不能使用。比如法院就应该以证据为根据，而不能以事实为依据，也可以说是法律上的事实与一般的哲学意义上、科学上乃至新闻界理解的事实，完全不同。

当然我还是很高兴地看到有些法官对此已经有意识，但要真正地走到我们希望的地步，还需要很长一段时间。我们必须看到，现在一些基本程序准则仍然得不到遵守，太多的单方会见当事人、上门揽案，与当事人三同（同吃、同住、同行），出去讨债，基本的公正准则都没有了，实体的公正当然谈不上，结果必然导致当事人对法官不满，也愈发加剧了社会对整个司法界的消极看法，越渲染越厉害，最后法官也自暴自弃，连法官都觉得将就着干吧，程序有什么用啊。

记者：如果中国法官用美国的程序……

贺卫方：现在还用不来。最近有一本书被翻译过来，叫《交叉询问的艺术》，是上个世纪末这个世纪初美国纽约一个资深律师写的，你可以发现美国的那套程序太有意思太奇特了，但是也高度技术化，对法官的要求很高。在美国为什么必须是干过十年以上律师或检察官的人才会被任命为法官呢？就是因为这个司法过程虽然法官很消极、不怎么说话，但这个司法过程对法官的智慧、技术、头脑的灵敏、知识含量要求太高了。现在引进抗辩制，律师的作用显得越来越重要，制度建设有一个良性互动，律师素质提高了，对法官要求会越来越高。你想，如果一个法官在法庭上只听双方律师滔滔不绝而自己却一大半听不懂，对他而言，庭

审就真变成折磨了。

记者：如果说法律条文对一般公众而言会显得枯燥难懂的话，那么程序似乎离他们就更远。然而一种程序观念要想渗透到中国的社会生活中，又必须与一般大众的感受相贴近。那么，公众通过什么才能更好地接受程序争议的观念呢？

贺卫方：我觉得对于中国的一般人来说，让他们深入地研究程序是不可能的。对百姓的程序观念影响最大的是法庭本身。涉及到诉讼里，当事人感到有天大的委屈，但进入法庭，他发现有另外一套语言表达他天大的委屈，这套语言变得不那么情绪化，而是一整套术语，一切都按部就班地进行，他要有顺序地提供自己的证据与法律理论，诉状有固定的格式……这一下就把非常情绪化的东西引导到一个很秩序化的轨道上去了，消解掉了，好像被翻译成另一套语言。只有这一套语言表达出来以后，法官才能作出公正的判决，这个公正是离不开这套程序的外壳的。如果法院严格遵守程序的话，老百姓可以通过参加诉讼过程学习、体验程序，这样一般人就可以潜移默化地受到法律家的这套理性东西的影响。

托克维尔说，法律家的精神本来是产生在法学院的课堂和法院的法庭中的，但是通过陪审制度，通过人民参加诉讼，法律家的这套精神已经穿透了法院与学校的围墙深入到社会的每个角落，从而让每个普通的人都多多少少沾染了一些法律家的习性。

我觉得我们现在面临的机遇很好，宪法中规定要依法治国，从一定程度上讲，依法治国就是依程序治国。现在的程序法当然有一些地方需要改进，比如刑事诉讼法律中应该尽快确立一些证据排除原则，我们宁可放纵个别犯罪，而不愿鼓励警察以违法的手段获取证据，现代国家的合法性不仅仅在于要惩罚犯罪，而且要以合法的手段惩罚犯罪。同时已经有的程序得不到严格遵守是最可怕的事情，你想如果法院都不执行法律，那从根儿上就有问题了。所以法院应该严格遵循现行的程序性的法，逐渐地使社会走上程序化的轨道。

我觉得你们报纸以及一些杂志对程序公正的一些讨论已经起到了很大的作用，包括法学院的学生都非常关心这个话题。大众传媒关注程序问题，本身是一个非常有意思的新趋势，就是说在大众传媒上讨论的恰恰是法治最核心的问题，这说明中国大众传媒已经直捣中国法律的心脏地带了。

我觉得通过这一番讨论，我们认识到中国司法制度的一些缺陷，我们也看到了进步。讨论本身就说明了这种进步。最后我认为，我们还应该树立另一个观念，那就是，我们不可能建立一个完美无缺的制度，而只能谋求对现有制度进行一点一滴的改善，最后能够逐渐接近最理想的制度。

§贺卫方按：这是我 1999 年 12 月接受《工人日报》记者马蔚女士采访的记录稿。此前该报约请不少法律专家写了系列文章，对程序法的意义与建构进行了全面而深入的讨论。这篇访谈录是这个系列的最后一篇。囿于篇幅，本文在《工人日报》发表时作了较大删节，这里发表的是全稿。感谢马蔚认真的整理。

http://www.china-review.com/execute.asp?path=/content_files/7zlzj1.htm20000721/7zlzj1.htm&luntantitle=用程序意识重铸司法灵魂

上传时间： 2001/9/18　　文章来源：中评网　　本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

又见执行难

by 贺卫方

熟悉的场景又出现在电视屏幕上——

面目凶狠的人们将几位穿着制服的法官团团围住，推搡着。

法官们脸上显露出痛苦、无奈和恐惧。

一个人狂叫着：把大铁门给我关上，看他们往哪儿跑！

失控了的局面。

法院的警车被掀了个四轮朝天，砸碎的玻璃片遍地都是。

一位法官脸上流淌着鲜血……

这样的场景已经见过多次了。通常，电视报道总是对这些围攻人员加以谴责，说他们法治意识淡薄，不懂得尊重司法判决，结论是，法治教育还需要强化。

当然，遵守法律，执行法院判决是法治国家里每一个公民的义务。在法院输了官司的当事人通常会对判决不满意，觉得结果不公平，因而不会心甘情愿地执行法院判决。但是，没有任何国家允许当事人根据自己对法院判决正当性的判断而决定是否执行它。美国的一位大法官说得好："我们能够作出最终判决并非因为我们判决正确，相反，我们之所以判决正确，是因为我们享有终审权。"因此，可以说，法院的判决必须得到执行，乃是因为这是法院作出的判决。

但是，问题或许并非如此简单。据《中国改革报》4 月 10 日的报道，全国法院已生效却未执行的案件达 200 万件以上。如此大面积的执行难决不是一句公民法治意识淡薄就可以解释的，也不是片面地强调对公民进行法治教育就可以解决的。据我的观察，我们的司法制度自身也存在着诸多加剧执行难的因素。

我们先来看司法程序本身。在行使审判权的过程中，假如当事人和其他公民感到执掌司法权柄者并不严格地遵循法律程序，或者遵循程序的严格程度因人而异，那么，当事人便很有理由指责法院，这时法院硬要执行判决，便可能引发败诉方与法院之间的冲突。违反正当

程序的行为多种多样，例如法官不给双方当事人平等的陈述机会，应当采纳的证据却加以拒绝，主动说服或挑动一方当事人起诉（所谓上门揽案），在一方当事人不在场的情况下与另一方当事人接触（包括在办公室里的公事交谈和在酒店里的杯箸交错），等等。在司法的过程中，法官最该忌讳的是，自己瓜田李下的行为令当事人满腹狐疑，生出不公平的感觉，而最容易造成这种感觉的往往并非判决结果，而是司法程序，是法官的行为。

判决书缺乏论证是容易让当事人不满的又一个方面。虽说法院握有以国家强制力为后盾的司法权，然而，任何权力要得到人们的普遍服从，都不能只靠强制力。反过来说，当一种权力的行使总是离不开强制力的时候，那一定标志着它的合法性基础已经削弱甚至失去了。我们长期以来把司法机关定位为专政机关，习惯的权力观便是我命令，你服从。反映到司法判决方面，就是人们看到的只是干巴巴或凶巴巴的命令，言简意亦简，语言既程式化又生硬武断。法官们对于自己是如何得出这样的结论的，在此过程中，除了某个简单的条文之外，还考虑到了那些法律之内和法律之外的因素，为什么会在两种不同的价值之间作出了这样而不是那样的选择，凡此种种，一概不予交待，不作分析和论证。这又如何让败诉的人服气呢？不仅如此，这种不阐述道理的判决风格的确容易引发司法不公，既然无需说理，那些玩法者就更可以随意上下其手，颠倒是非，从而进一步加剧执行难。

末了，我们还应当看到，作出司法判决是司法行为，然而执行判决却是一种行政行为，因此，合理的制度安排应当是，法院只管判决，而把执行判决的工作交由作为行政机关的公安局去完成。我们有理由相信，法院如果严格地遵循正当的法律程序，同时判决书又说理严密，分析透辟，绝大多数当事人是愿意自觉地履行判决的。个别当事人抗命不从，这不要紧，我们有警察，严重的时候，我们也可以派遣军队。无论如何，用不着法官到现场贴封条、扣汽车、与当事人推推搡搡。

执行难，执行难，不去执行，不就没有执行难了么？

原载《工人日报》1998 年 7 月 10 日。

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《运送正义的方式》

与索尔曼先生谈中国法治

by 贺卫方

“醒客”是万圣书园开的一家咖啡店的名称，仿着英文“thinker”的读音而取名。万圣书园是一家很具品味的书店，毗邻北大清华和中关村，因此一些学术书在这里销量很好。我个人的幸运是就住在这家书店的楼上，下楼即可进书店，买书甚是便利。同时，醒客也是一个与友人或来访者谈天的好去处。伴着悠悠的背景音乐，喝一杯咖啡或新茶，饮品的香气与

书香混合在一起，运气好的时候还可以看到窗外的绵绵细雨，思绪也平添了几分诗意。

10 月 18 日的客人是一位法国学者，Guy

Sorman 博士，他是一位享有国际声誉的政治学家和评论家，法国国家人权委员会的成员，也是他自己名下的出版社（Editions

Sorman）的总裁。索尔曼先生在中国呆了一段时间了，为的是写一本有关中国人权以及法治进展的书。他要跟我交流的主题是中国法治建设的历史和现状，另外还有死刑问题，这也是许多西方人权人士都十分关注的问题。

索尔曼对于中国法律的历史颇有兴趣，他好奇在这样一个历史悠久的国度里，传统的制度与观念在今天的法律生活中有怎样的影响和价值。这当然也是我一直在思考的问题。我跟他说起自己的一些看法，在书本法律的层面上，当然是基本上是西方化的。百年来的变法过程可以粗略地分作三个阶段：1905-1949 年是模仿欧洲大陆法系国家的时期，这个期间仿照欧陆尤其是德国的模式形成了一个西方化的法律体系。第二个阶段是 1949-1978 年，是法律的苏联化以及法律虚无的时期。有人愿意把这个时期的前十年说成是一个建设苏联式法制的阶段，后面的二十年才是法律虚无时期。我个人认为这种区分没有多少必要，首先是因为我们当时的学习本身就是有口无心的，只有一部宪法和一部婚姻法颁布出来的事实说明了这一点。退一步，即使我们认真地学习，五十年代的苏联也不是一个法治社会，“模仿秀”再逼真，也不过是非法治国家里的大姐与二姐而已。第三个阶段是 1978 年到现在，是法治重建的阶段，或者说是一个缓慢地朝向法治传统回归的时期。

我跟客人提到了著名汉学家艾斯嘉拉（Jean

Escarra），上个世纪前半期在中国的法国法学家，他对于中国与西方之间在法律上的差异有很敏锐的观察。在《中国法》一书里，艾氏在描述了法律和法学在西方文明中的崇高地位后，指出：“在亚洲的另一端，中国在她已经建立起来的精神价值和道德价值的强大有力的体系之中……就只能给予法律和法理学以一个卑下的地位。虽然并不是没有司法机构，但她只是愿意承认自然秩序，并且只是推崇道德的准则。……中国虽是一个学者辈出的国家，但她所产生的法律评论家和理论家却的确很少。”所以，从文明变迁的角度看，中国建立法治的道路不能不是一个与传统逐渐背离的过程。当然，这也正是中国法治建设最困难的地方。没有传统的支撑，很容易导致正式制度与非正式制度、制度与观念之间的脱节，损害法律的实效，降低国民对法律以及法院的信赖感，甚至导致局部的反复或倒退。不过，长远地看，法治和民主仍然是一条走向民族复兴的必由之路。

话题转到死刑问题，索尔曼表达了对于中国近期死刑制度进展的强烈关注。我们知道，法国迟至八十年代初才废除死刑，在西欧国家里是最晚的一个。废除死刑的过程也是历尽艰难。我向他简要介绍了最近死刑复核权收回到最高法院等进展情况，也谈到自己主张必须尽快彻底废除死刑的论证依据。索尔曼谈到，事实上，法国在废除死刑前的许多年里，每年只有寥寥数人被执行死刑，但是，法国民意对于彻底废除死刑却是长期不能接受。在这个过程中，法律界以及更多领域的人们向公众展现和分析死刑的弊害是十分重要的。我们都想到著名文学家加缪的小说《局外人》、长篇散文《关于断头台的思考》，公认文学家们可以在这个方面大有作为。索尔曼饶有兴味地谈起不同国家对待死刑态度的差异，他说，在西方国家，

关于死刑存废的讨论总是有一种宗教的背景。他认为，现代的天主教国家更愿意废除死刑，反而是新教国家——例如美国——更多的人倾向于保留死刑。这一点倒是我以前所不曾深入思考的。可惜时间太短，来不及跟他展开讨论了。

谈话之后，顺便在书店淘书，买得方继孝的新著《旧墨记》，其中收入谭嗣同拜帖（名片）一件，弥足珍贵。睹物思人，想起这位 33 岁就被执行死刑的烈士，不免感叹。假如那时已经废除了死刑，谭嗣同何至于血洒菜市口！

上传时间： 2005/10/28 文章来源：法律思想网

『三五六』于 2005-11-26 3:15:00 发表评论：

我曾有幸亲耳聆听贺先生的演讲。当时就是否赞同废除死刑曾有两次全场表决，但无论是否赞同废除我都没有举起我那犹豫不决的双手。这是自己在对生命进行表决啊，何况是他人（当然也可能是我的）的生命进行表决！但对贺先生的理由我实在不敢苟同。“但是，在许多杀人犯罪者实施犯罪的时刻，往往已经完全没有想到死的威胁。而且，当他意识到要面临死刑时，通常的做法是杀一个够本，杀俩赚一个的心态占据上风。这也是为什么执行死刑越多，一次杀死多人或者像入室抢劫类犯罪往往伴随着杀人犯罪的原因。一些废除死刑的国家的数据表明，废除死刑前后，重大犯罪的发生比率并没有明显变化，也是很有说服力的。”这是贺先生经常提及几句话。但我今天看到一个对死刑的研究却发现在美国增加一个死刑判例则刑事案件减少 7 个（引用如此研究我也不是十分放心，因为我不知道他的研究方法和研究思路是怎样的，但贺先生同样是在臆测亦不十分可靠）。问题是这里还有一点，杀人者为何会产生杀两够本的想法呢？这里杀人者实际已经放弃了对他人生命价值的考虑，转而是对自己行为的简单粗糙的经济计算。一个人为何会放弃对他人生命价值的考虑呢？其中原因何在呢？即使可以在同一现场可以免使他放弃实施更多的杀人行为。但又怎么能保证他不会在更多的现场实施更多的杀人行为呢？因为杀人对他来说只不过是经济计算的一种结果。他必需要为自己不尊重他人的生命权利而付出最为惨重

（可以说是无法计算）的代价，从而促使对生命价值的更多考虑。但有点似乎要注意，当我们是在对一个人的生命进行考虑时，其直接动因也必须是生命。只有生命本身才能让生命走上领奖台或者受罚台，否则生命就被轻置了。生命=生命。这是我们思考的起点，但不是行为的终点！

本来对罪犯予以无期或者超过生命合理生存年限的受罚年限是一种很好的替代方式。但很可惜在这里水土不服。法国一个被判处极长囚禁年限的人可以在监狱中自学成才成为一名杰出的工程师并以自己的一技之长来为社会服务，而我们中国这又成为寻租的天然场所。罪犯在监狱里想的是如何收买官吏提前出狱而不是真正悔过自新。

在一个不道德的社会里尊重生命都 成了一种极大的困难，甚至是一种奢侈！

在一个不道德的社会里每个人都不得不背上沉重的十字架对自己进行可怕考问！

在一个不道德的社会里正义的天秤两端不是高贵的人的灵魂而是肮脏不堪的金钱！

在一个不道德的社会里我们不得不对世界进行分裂然后才可能思考人的尊严！

『边走边看』于 2005-11-22 21:13:00 发表评论：

从一介平民的角度看，我也不赞成废除死刑。我觉得虽然死刑在有些情况下会更加激发一些犯罪分子的恶念，正如贺教授所说；但是从另一个方面看，死刑可以震慑许多有犯罪意图但是畏惧死亡的人，尤其在乱世。我觉得现在我们正处在一个表面风平浪静，但是暗底下波涛汹涌的社会中，一个乱世之后，在这样的情况下，如果废除了死刑，恐怕会令更多鼠辈变成恶狼呢。

我没什么法律素养，所以谈不上论证，只是想说说我作为一个普通百姓对死刑的感觉。

『贺卫方』于 2005-11-14 18:04:00 发表评论：

谢谢 zdh 先生的及时评论，尤其是你的不同意见。关于向法治传统回归，我的意思既包括民国时期的传统，更包括人类社会的法治传统。你说民国时期没有法治传统，当然那个时期战乱不止，政府也大致可以说是威权主义的，但是，从民法典以及宪法等法律的制定过程和内容看，从当时对于一些不同政见——包括像储安平那样的坦率批评，甚至重庆的《新华日报》——的一定程度的容忍看，那时还是有对法治的相当的努力的。法治建设是一个过程，尤其是在中国这样的一个法治传统匮乏的国度，如何可能一蹴而就地就建立起完备的法治传统？

至于说死刑，不错，人是恐惧死亡的。但是，在许多杀人犯罪者实施犯罪的时刻，往往已经完全没有想到死的威胁。而且，当他意识到要面临死刑时，通常的做法是杀一个够本，杀俩赚一个的心态占据上风。这也是为什么执行死刑越多，一次杀死多人或者像入室抢劫类犯罪往往伴随着杀人犯罪的原因。一些废除死刑的国家的数据表明，废除死刑前后，重大犯罪的发生比率并没有明显变化，也是很有说服力的。而你所说的如果成克杰之流不判死刑，中国就会成为腐败的世界之首，我不知道这样的假设有何依据？

『zdh』于 2005-11-12 21:42:00 发表评论：

贺教授谈了两个问题：中国法治建设的历史和现状；死刑。

贺教授认为：1978 年到现在，是法治重建的阶段，或者说是一个缓慢地朝向法治传统回归的时期。“朝向法治传统回归”？是否向 1905 年——1949 年的法治传统回归？1905 年——1949 年的法治我没有看出有多好。国民党虽然标榜自由，但国民党在大陆的统治是独裁统治，是专制。独裁专制的政党不会有好的法治。1978 年以后，中国大陆开始有法律意识，有依法办事的说法。在此之前，老百姓开口就是按政策办。但政党干预下的“依法治国”是不是真正意义上的法治呢？当今中国大陆的法治是个什么样的“法治”？还是要请像贺教授这样的有社会责任感的法学家研究研究。

关于死刑，贺教授是主张废除的。在本文中感叹谭嗣同 33 岁被执行死刑，假如那时已经废除了死刑，谭嗣同何至于血洒“菜市口”来证明废除死刑的必要。死刑我是不主张废除的。一个人死都不怕还怕什么呢？在剥夺自由和死亡面前，很少有人选择死亡。“贪生怕死”是人的第一选择。在中国特别是中国农村，没有死刑的威胁是很危险的。如果没有像成克杰那样的一批高级干部因受贿犯罪判处死刑，中国的腐败将排在世界之首。中国大陆的经济和文化都没有发展到可以废除死刑的程度。

在“将迁徙自由重新写入宪法”研讨会上的发言

by 贺卫方

我结合杜教授的发言简要地谈一下我的看法。我觉得他显示出一种比我乐观得多的情绪。也许杜教授越来越进入体制内，看到的是真正政府内在动力。我自己一点也看不出来，即使在宪法中写入了迁徙自由，是否能够真正实现这样一种权利。虽然领导讲得很实在，但是他们的有些行为是和宪法中的很多精神是相背的。我感觉不到中国处在良好宪政的前夜。近 20 年来，我看到的是宪政方面最糟糕的一个历史时段。

我不认为将迁徙自由写入宪法是多大的进步，正如我们前几年不认为将依法治国写入宪法是一个很大进步。很有意思的是，在中国，你违反一般法律，必将受到惩罚，惟独有一部法律谁都可以违反而且不受任何惩罚，那就是宪法。根本大法变成了根本无法，没有任何意义，变成了一个口号。

实际上，我这些年来一直在思考，为什么宪法规定的各种权利在中国会变成事实的法律各归各、不搭界、完全割裂的状况。李安勇在研究中国近代宪政发展的文章中认为，中国在 49 年以前宪政梦的破灭和两大因素有密切关系，一是中国人的帮派观念，凡是自己人就没有原则，凡是敌人反对的我们就拥护。这样一种观念深刻地损害了中国人的宪政实践。另外一个因素就是不妥协精神，我们中国人玩政治不会妥协，不知道政治是一种游戏式的东西、经常是不同利益之间的妥协。我自己认为更深刻的原因是，中国的宪法尽管有杜教授刚才讲的历史资源，但是中国近代以来的宪法是一个舶来品，不是一个像欧洲社会那样从自己社会中生发出来的东西。

如果从真正的宪法实践来说，西方的那种不同社会的利益格局形成不同利益之间的代言、出现代表性的机构和组成代议制度。政府的行为要严格受到利益格局和利益表达的影响。我想这是西方的宪政得以维系的重要原因。尽管中国也有一些不同的利益集团，但是这样的利益集团在政府决策过程中究竟能够有多大表达。因此，我觉得，北京市政府在制定政策时不考虑外来人而只考虑本地人的说法有些乐观。北京市政府在制定政策时是不是一个市民政府呢？事实上，我们没有任何途径参与到决策过程中，这就表明，尽管北京人客观上获得了某种政府补贴所带来的利益，实际上政府决策过程中并不会很注重北京人的利益表达。外来人和内部人之间确实都缺乏这样一种利益之间的竞争和公开表达的途径。在这样的情况下，我

们如何保证中国的宪法真正得到实施呢？所以我觉得需要一个长远的利益发展的过程。以迁徙自由为例，54 年宪法中是有迁徙自由的，但为什么限制农村人口进入城市，当时的说法和“三个代表”一样，说是代表了全体人民的根本利益的。你会发现，无论什么样的决策都可以作出这样的解释。如果我们要认真思考迁徙自由的问题，可能不仅仅要考虑它和计划经济、命令经济的关系，而且要考虑到和政治之间的关系。

迁徙自由不仅仅是劳动力自由流动的问题，还意味着中国的公民可以自由选择。迁徙自由是一种政治权利，和别的权利相关联，同时又是一个包容性的综合性的权利，包括政府不得限制公民在国内的居住。

中国政府已经明确承诺要履行两公约，其中就明确规定了迁徙自由这样的条款。签署意味着承诺，承诺意味着将来生效。从我们加入公约的角度来讲，将迁徙自由重新写入宪法就不言自明。不过，我们发现，有时候我们的承诺并不能落到实处。

从制度的角度来说，如果我们发现像现在这样我们的某些自由权利被剥夺时，我们没有办法进行诉讼。像青岛的三位女学生就教育权的问题提起诉讼，最高法院拒之门外。我们发现，尽管在中国法律规定的非常明确，但公然违反法律的事情比比皆是。

我自己总觉得，我们怎么能够更好的论证，让政府觉得这是可议的、对政府也是有好处的。我前一段时间曾经写过一篇文章讨论为什么民主是一篇可议的东西。别人论证民主的时候一般从民主如何有利于大众的角度出发，而我试图论证民主对政府的好处。人民更多的参与决策时，人民就感觉自己的意志成为了决策的一部分，就更愿意遵循法律，社会秩序就会更好。而且，民主可以将决策的风险转嫁给参与决策的人民本身。民主是一种通过竞选时花钱、竞选后不需要花很大成本巩固自己地位的过程。非民主国家的领导人要花很大的成本来巩固自己的地位，要维持道德上的完美无缺，而民主国家的领导人不需要。而且，民主体制可以保护下了台的领导人，下台后的领导人就是普通百姓。因此，我们可以发现，民主对统治者也是有利的。我觉得我们可以采用同样的方式来讨论迁徙自由，要让政府觉得是在替他们考虑。

http://www.china-review.com/execute.asp?path=/content_files/qianxi4.htm20020306/qianxi4.htm&luntantitle=贺卫方发言

上传时间： 2002/5/23　　文章来源：中评网　　本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

在“首届中国青年律师论坛”上的演讲

by 贺卫方

今天与律师的交流非常特殊，这是“中国律师论坛”旗下的“中国青年律师论坛”。咱们中国人喜欢讲“第一次”，往往都是针对非常古怪的“第一次”，但对我来讲，今天的“第一次”是非常激动的第一次，能够在本届中国青年律师论坛上与大家交流最近的想法，我觉得是非常有意义的，对一个学者来说是非常荣耀的事情。为了这一点我要特别感谢论坛的组织者，感谢每个参与论坛的律师。

法官老的好，律师少的俏

“中国青年律师论坛”在中国有着非常特殊的意义，律师本色是青年。看中国律师发展的历史，只有短短的二十几年。所以说“中国青年律师论坛”实际上就是中国律师论坛，因为大家都是青年，都是怀着一颗年轻的心参与中间，参与到中国法治建设的中间。刘桂明总编也特别指出，律师应当是青年人组成的群体，法官老的好，律师少的俏。

我们都知道对律师这个职业来说知名度非常重要，为了获得知名度律师要想法设法地为客户做好工作。对中国律师来说，一个非常大的障碍是我们的庭审过程不能让律师完全发挥他们的才华。在西方国家，律师不是坐着陈述、质证和辩护，而是溜达着讲话，那样的场景带有相当大的表演性。在美国、英国这些国家最伟大的律师是参与庭审的律师，检察官也是政府雇佣的律师。对抗式的庭审模式很容易让一个律师通过一个案件获得广泛的声誉，这样的声誉对律师至关重要，声誉使律师不断保持一种自律的风范。但是我们国家目前这样的司法程序还是让律师显得有点呆板。

为什么说法官老的好？律师年龄特别大的时候，他就不愿意从事非常艰难的庭审工作，实际上律师的职业是不是干得太久以后容易发生这种情况呢？我最近听说有几个律师中途转业，比如田文昌老师也有点想，但我希望他能够为中国的法制建设继续作出贡献（掌声）。当然，有些律师朋友的懈怠是因为钱赚足了。“法官老的好”这个道理比较很容易理解，司法裁判工作是判断人间是非的职业，是操生杀予夺大权的职业。为什么要从优秀的律师中间选任法官？对此，我有一个很大的考虑，在这个行业中获得很高声望的律师通常年龄已经偏大，所有的被任命为法官的人都在 40 岁以上。法官的年龄比较大其实意味着法官对于当事人的说服力的强化，在今天这样的社会中，社会利益、观念多元化，许多案件无法判断是非，我们甚至要求法官调解时要明辨是非，事实上有多少案件是可以明辨是非的呢？我通常举出一些案子：妇女是否有权堕胎？女权主义者认为我的身体我的自由，你们管得着我吗？保守主义认为这样的行为与杀人没有区别，既然要惩罚那些在大街上杀人的人，为什么我们不惩罚那些在医院里杀人的人，两者有区别吗？按照一些法学家的说法，为了法律的可操作性，认为生命应当从出生之时开始。那么生命究竟从什么时候开始的呢？生命是从受孕那个时候开始，到底法律上应不应当允许医生和孕妇合作起来去堕胎，这是一个不大容易分清的是非问题。在这样的情况下，法官的职业要有一种超越事物本身的权威性，有权威地裁判案件可以使败诉的当事人总是觉得法官既然这么判了自己就接受了。

美国联邦最高法院经常被称为几个老男人组成的机构，现在是七个老男人和两个上年纪女士，他们从来不推行年轻化，因为年轻化对法官这个职业并不合理。法官之所以老一些，是司法裁判这个职业在“三权分立”的情况下是一种非常特殊的角色。“三权分立”学说是一种分工，让不同的人行使不同国家的权力。一种权力如果一味地只关注人民的评价、只关注人民喜好的时候，只能是短期行为，如果一个国家的三种权力都按照这样的逻辑去建设，

便容易出现国家治理严重的问题。我观察美国的政治制度，与其说他们是简单的民主政体，不如说他们是混合政体。我们看到美国政体中间的构思恰好是一种混合政体。比如说法官的选任并不是让人民选举产生，而是由总统来任命，也就是意味着总统必须在精英中挑选合适的人来做法官，这样的精英化也体现在背景的限制，他要得到总统的关注，背后要有一个参议院，每一个进入候选名单的候选人都被进行选查。这样的选择过程就说明美国不是一个民主的司法界。英国的司法界人士的精英化倾向非常严重，他们读大学的时候只在两所大学里面读书，但英国的中学实际上是贵族学校，仍然体现浓厚的阶级机构，这样一种贵族倾向或者精英倾向使得司法界跟民意有着相当明显的距离，他们考虑的问题并不是老百姓所希望的。更重要的是，一旦一个人被任命为法官即为终身任职。法官职业吸引人是因为他是终身的，终身任职也就意味着年龄会越来越老。大家知道，年轻人与老年人的区别在于，年轻人勇于创新，老年人不喜欢向前，老年人不喜欢改变现状，这是一个国家发展的一个重要方面。法官最不应该喊口号，否则就意味着法官的标准在变化，那么法律的可预期性就不存在了。

律师要保持一颗年轻的心

经济环境和法制环境的好坏，是一个地方法律能否保持稳定性，而不是与时俱进，法律必须保持稳定性，而且这种法律的稳定性不仅要保持在立法的环节上，还必须保持在司法的环节上，也就是说司法的准则必须尊重从前所做的解释。一个人昨天被判决 10 年有期徒刑，第二天，一个犯同样罪行的人却被判了死刑立即执行，而原因就是昨天晚上传达了一个文件要“严打”了。法律面前人人平等，我们不能够让一个有钱人在法律面前得到优待，所以我们要让法律面前人人平等，这只是肤浅的层次，我们要在保持空间和时间的纬度方面使法律面前人人平等，我们要让一个公民无论生活在什么地方都必须适用同样法律的准则，法官必须要在今天判案时考虑到昨天是如何判案。法官老的好就意味着法官天天在保持法官的效率，他们天天在想如何维护过去的法律，他们不断用看上去过时的法律来调整今天的规范，这三种权力中总有一种权力趋于保守。

但是律师不是这样，律师要保持一颗年轻的心。我们是说中国律师都是青年，相对中国五千年的文明来说，律师的职业还太年轻，律师的职业简直就是个婴儿。唯一的一个职业找不到合理的前辈，那就是律师。其实中国古代也有律师，比如说讼师。日本一位学者专门研究明代的讼师，他的研究结果表明在明朝时我们官方的话语永远是对讼师的贬低，对讼师的评价永远很糟糕。即使如此，我们还应该说讼师这种职业是律师的前身。

《刺杀肯尼迪》这部电影，讲述了一个检察官发现刺杀肯尼迪背后的事情，电影最后有一场法庭戏，那个检察官一个人的独白长达 20 分钟，在这个演讲中他非常地激昂，他展示一个会拐弯的子弹如何击中肯尼迪，法庭上经常会出现用图画的形式来展现，最后他要求陪审员相信自己的主张。他的言词真的是非常非常地激动人心，他让我们感觉到律师的职业不仅仅是谋生的职业，他是一个追求正义的职业，具有伟大理想的职业。这样一个职业在今天即使在美国，也有人哀叹律师职业的影响正在衰落。有一本翻译书《迷失的律师》，翻译者认为美国的律师职业正在丧失初期律师的理想，美国大陆会议的出席者几乎有一半是律师，他们热心国务活动，热心领导美国的革命，可以说他们塑造了美国一个法制国家。

如果按照西方的概念来去检验中国古代的讼师，早在春秋时代，有一些人曾经想试图推出律师职业，他们不断到法庭去辩论，他们不断地在逻辑方面分析，甚至办学校进行辩论的培训，但后来中国的社会让他们不再走这条路。儒家也好，道家也好，都使得中国的历史没

有律师发展的空间。

律师的未来不是梦

上面我们讲了中国青年律师论坛非常重要的三个方面的考量，法官老的好，律师少的俏，律师就应该是一个年轻的职业。接下来我们稍微展望一下我们的未来，在座的各位大部分都应该是中国过去 25 年中国改革开放的目击证人，我们看到这个社会的逐渐演变，对过去历史的了解也许有助于我们判断未来的发展。未来的发展我们可以从两个方面去解说。

首先，从社会角度的发展分析。可以说中国社会的发展在过去的 25 年改革开放的过程中，已经走到了一个沧海桑田变化的程度。这种变化主要体现在三个方面：

第一个是我们的社会结构正在趋向适合法制社会的结构。现在人的流动已经变成了主旋律，火车、飞机天天在载着人跑，律师可能都向城市里面走，律师的职业不适合在农村里面呆，农村有赤脚医生，但赤脚律师不大可能，总体来说，律师这种职业适合在大城市，我们知道人的流动性是社会结构深刻变化的一种表征。大家还记得费孝通先生分析中国的乡土社会，中国的乡土社会就是一个不流动的社会。不可能有法律，更不可能有律师，律师就是挑拨离间的人，在这样的社会，有各种各样的规矩，法律在现代社会中有明确的制定者，但规定像我们手机里传来的段子一样。法律往往是书面的，规矩往往是口头的；规矩因地而宜，法律是普遍的，这样一种乡土社会随着城市化的发展会大大改变。大家都学过西方的法律史，其诞生的重要条件便是一个陌生人的社会。比如，我们说拉丁民族和日耳曼民族的战争和后来的融合，这种融合打破了家族，后来基督教的传播使得宗教之下人人平等的确立，同样是对家族制度相当大的破坏；美国更不用说，是一个移民组成的国家。陌生人在一块时，没有血缘关系，要建立规则、法制社会是必然的。我们越来越趋向陌生化，会导致我们越来越走向法制化，而法制化的社会不可能没有律师。社会的发展会增加对律师的需要。

第二是经济制度的发展。有人说市场经济就是法制经济，我也可以更加极端化地说市场经济就是律师来调整的经济（掌声）。我们现在放眼世界市场经济发展最好的地方就是律师发展最好的地方。我们放眼世界的时候，会发现律师在市场化的里面他是一个不可或缺的职业，企业上市、企业兼并都离不开律师。因此，可以说如果有复杂规则的话我们就离不开律师这个职业。

第三，政治体制的发展也会给律师职业的发展带来很大的机遇。整体来说，我们的政治体制越来越脱离于传统的模式。法制最根本的前提是我们对政府的不信赖，我们“防火、防贼、防政府”。但是现在的情况已经发生了巨大的变化，我们过去那套政府的基本运行的方式已经不再有效，现在我们越来越多地需要对政府的权力加以限制，《行政许可法》就是为了防政府，这是社会最先进的发展。以法律来限制政府权力的观念就是我们律师发展的机遇，因为有了防范政府的法制就有了具体操作法律的律师这样群体的需要。我们还要呼吁律师能够参与到政治生活之中，律师不仅仅要成为法律家，也要有更多的人成为政治家，法律政治家。我们今后也可能有非常大的机遇，政治生活会越来越走向开明，如人大的代表不能再做哑巴代表，在人大进行辩论，我们的律师是何等的轻车熟路，这不就是法庭上表现的吗？（掌声）为什么西方国家政坛有那么多律师职业出身的人，就是他们知识的结构特别适合做国会的议员，做政治家。一个律师做了政治家，比如说做了党和国家的领导人，他即便知道违法也知道有个界限。钻法律的空子是一个法制意识，而不是人治意识。

我越来越强烈地期盼着我们政治体制得到改变,大家知道宪政问题已经成为学术界和法学界关注的问题,没有一个良好的宪政,这个国家就不是法治的国家,这对于我们律师来说,简直可以说是生存的空间不大好了。

其次，从司法改革的角度分析中国律师发展的命运。总体来说，我认为，司法改革需要更多地引进对抗式的模式，更多地去平衡诉讼双方的地位，尤其是要严格地限制在刑事司法中国家的权力。这样的改革能够使我们的律师大有用武之地。现在很多人对从律师中间选任法官并不表示乐观。优秀的律师去做一个普通的法官，他看重的可能主要是一个级别，而不是法官的职务。什么时候我们吸收最优秀的律师和学者去做法官，我们司法改革的境界就已经达到一个相当高的境界了。

展望未来我觉得还是过去常用的一句话:“前途是光明的，道路是曲折的。”我自己感觉到还是可以乐观，因为这个社会已经走上了法治的不归路，即使某些时段有曲折，局部的曲折在建设法治社会过程中是完全正常的，一帆风顺却是不正常的。(完)

上传时间： 2005/6/13 文章来源：法律思想网

在北大法学院 2000 级新生入学典礼上的演讲

by 贺卫方

编者按：本文是贺卫方教授于 2000 年 10 月 9 日为北大法学院 00 级新生所作的迎新讲座，由法学院本科生王力同学整理成文。贺教授作了一些文字上的修改。为方便读者阅读，编者加了小标题若干。

开场白

今天能受到团委和法学社的邀请，来做这次迎新讲座，我觉得非常荣幸。每年能够迎接一批来自全国各地的优秀青年，与他们在一起共同生活四年，可以说是大学教师生活最有乐趣的方面之一。

题外话

我曾经在一本书里说自己很幸运，生在中国的一个有大学的年代。我们的大学是一百多年前从西方借鉴过来的一种制度，中国古代是没有大学的，只有私塾和书院。书院并不是一种大学，它不分科系；而大学是分科系的，这是西方文明的一个创造。有大学的时代使得有一些既不擅长当官又不愿意种地的人可以一辈子以一种闲散的风格做点自己想做的事。我小

时候有一个梦想就是从事这样一种职业，这种职业是一辈子读书，又有人发工资（笑）。我最后在大学里找到了，既能读书又有人发工资，而且发得还不低。按照江青的说法，四体不勤、五谷不分的家伙们居然可以享受如此待遇。但在中国古代，像我这样既不适合做官，又做不了生意，还不喜欢种地的人，真的没有地方可去。所以千军万马过独木桥，大家都参加科举考试，成功了去做官，无论适合不适合。其实有许多人根本不适合做官。例如蒲松龄老先生，他天生就应当到中文系学习，或者到新闻系，毕业之后在中文系教文学理论或文学批评，业余时间写点小说（笑）。可是没有大学，他只好不断参加科举考试，想去做官。这个老贡生是个范进似的人物，一次一次都失败了，最后，算了，老子不干了，写小说去。所以，中国古代没有真正职业的小说家，都是科举考试不成功，没办法了，做一点小说家流。这样一个社会真是不好。而我们现在生活的这个时代就不同了，有大学是我们时代最让人欢喜的一个特点。

大家都是新生。现在法律专业学生中男女生比例似乎有些失调。我听说 00 级本科生里的女生占了将近三分之二，特别吃惊。我 22 年前上大学——西南政法学院——时，法律专业中的女生只占七分之一，所以女生格外受青睐，地位特别高，本来嘛，资源稀缺，物以稀为贵。经济学上的规律叫供求关系，供应量太少，而需求量太大，追求的人一定会很多，价格就必然上涨。现在女生多了，对女生未必是一件好事，不过，对男生却是一件好事（笑）。当然，对未来法律的发展可能也是件好事。因为两千多年来，法律一直反映了男人的声音，男人的声音是法律发展——制定法律、解释法律、适用法律——的主旋律，就象科举考试一样，女人是不允许参加的，只有男人才能去做官，能够在大堂上一拍板子，高喊“大胆”的没有一次是女声。西方法律发展史也是如此。美国联邦最高法院，你们知道，过去一直由九个老男人执掌着；现在有了两个老女人，七个老男人加两个老女人主宰了这个国家的法制（笑）。但是男人仍然占多数。美国的法学院里女生通常占 1/3 左右。我们这儿可不得了。近代以来，我们在妇女解放方面向来不落人后。当然，几千年来妇女一直受到欺压。有这样一个故事，古代的一对夫妻吵架，男人气冲冲地说：

“按照周礼，你这样的人我早就休了！”太太说：“请问我的老公，周礼是何人制定？”丈夫不无自豪地说：“当然是周公所制。”太太回答：“是啊，如果是周婆制定的话，是我休了你！”（笑）也许法律的发展，女性能够有更多机会在法律里表达自己的声音，我觉得，从事法律职业的女同学越来越多是一个重要因素。当然现在的比例已足够了，再多的话，以后的法律发展史就是一部男人受欺压的历史了（笑）。

你应该怎样学法律

以上是一些题外话。今天的时间比较从容，我想和大家做点交流，谈一谈作为一个新入学的学生，作为一个北大法学院的学生，应当怎样去学习法律，怎样能够在毕业之后不觉得自己这四年没有白过。实际上，对于这个问题，我自己也没什么经验，我刚才已经说过了，我是一个单科大学的毕业生，不像你们。你们太幸运了，高中毕业后考入这样一个伟大的综合性大学，我当年就没这么幸运了。当时只有几个学校招法律系的学生：北京大学、吉林大学、中国人民大学和西南政法学院

——后来改名西南政法大学。我不知道你们为什么要报考法律，我当时并没有报法律，报的是山东师范学院的中文系，我梦寐以求的就是当个作家。我的母校西南政法学院当年第一届招生，宣传力度不够，结果在我们那里报考者上线的人数还没有招的人多，很幸运，我

的考分超过了重点线，就被作为重点院校的西南政法学院抓过去了。人生的命运真是很难捉摸。如果当时真到了山东师范学院中文系，毕业以后很可能到一个中学里当老师，我相信我会是一个比较受欢迎的语文老师，经常在本地的报屁股上发表一些小资情调的散文（笑），大约不可能有今天。当然你们也许能驾驭自己的命运，因为你们的学习成绩非常优秀，所以毫不犹豫就报考了北大而且是法学院，最终又金榜题名，这是你们最大的幸福。

不同的不仅是学校；我读书时所学的东西也跟今天大不相同了。我们当时上法理课，老师推荐一本教材，是工农兵大学生编的，教材里经常提到华主席为首的党中央一举粉碎了"四人帮"、无产阶级专政、无产阶级专政下继续革命理论，不断灌输的是这些东西，真正的知识学不到。我从大三开始才省悟到不能陷在教科书里，应该多读些有价值的书。于是，在一个好心的图书管理员的关照下，大三时读了许多好书，也引发了对西方法律、西方历史的兴趣。后来考的是外国法制史专业的研究生。大家知道，佳能公司的商标是 canon，这实际上是西方历史上的一种法律，叫 canon

law，是天主教会制定出的法律，我的硕士毕业论文写的就是那个。最近几年才转为对中国现实制度的研究。

大学的第一年需要不断观察、不断了解，不必过分地去记忆，什么东西都要搞清楚。几年前，我面对着与你们一样刚从高中毕业、有人戏称为高四的 97 级同学时，觉得给他们讲法理是一个非常大的挑战。法律这门学科涉及到许多问题，是一种非常深刻的社会科学。中学教育已给大家灌输了许多真理性的东西，都是无庸置疑的；但是对一个大学生来说，一切都要去重新理解，而不是去背诵。当然，法律专业所学的许多东西对于刚刚从高中毕业的人们来说是不容易理解的。比如说，婚姻法里规定离婚的条件时说"夫妻感情确已破裂"。请问同学们，什么叫"夫妻感情确已破裂"？我跟你们一样，读大学时不理解婚姻法，实习时偏偏派我去处理婚姻纠纷。可以想象，那真是一场灾难——对我是一场灾难，对当事人更是一场灾难。我耐心地听夫妻俩讲他们的生活，讲哪些方面出了问题。我不懂，只朦朦胧胧意识到一点，但是不深刻。只有人在相当成熟、有了婚姻经验并且对婚姻有相当的观察之后，才能理解什么是"夫妻感情确已破裂"。所以，你们会发现，在美国，就没有我们现在这样的法律系学生，因为高中毕业后不能直接读法律，必须有一张大学文凭才能上法学院。可以想象，有许多人大学毕业后就结了婚，再读法律时，对人生的幸福、社会制度的设计等的理解力就会强得多。对我们这样的大一学生来说，有许多问题的确比较难以理解。有同学曾经对我说，老师你推荐给我们读的书每个字我都认识，每句话我也读得下来，但整句话什么意思我不知道。这种情况显示了什么呢？这是一个知识背景的问题。要读懂一本书，必须理解书背后的一种知识的积累。这种知识的积累甚至经历了上千年的历史。有许多著作，回答的都是两千年前古希腊的那个老哲学家柏拉图先生提出来的问题。两千年人们的论证，两千年的学术积累，最后结出一朵朵小小的花儿开在你们的法理学教科书里，要你们一下子去理解，是很不容易的。当然不理解也不要着急，慢慢的，随着逐渐的累积，你会理解这些东西。

我觉得人在大学里的心态最重要的就是从容，尤其是一二年级的时候。也不要太在意成绩。我的同学中在学术界干得最好的几个，都是在大学里成绩刚刚及格的人。我还有个同学，四年下来成绩全优。但是，后来并没有走学术研究的道路。当然，他在实务部门干得也很好。观察学术界，你会发现，有创见的人很少有那种过分循规蹈矩、过分重视大学时的课程成绩的。当然有些时候成绩与某些利益相关，比如申请奖学金，比如将来推荐报送研究生，这是让人很无奈的。但是大体来讲，现在的教育制度在调整，老师在改变，不会只根据你背诵的

功夫，还要根据你是否有自己的理解，有独到的见解来判分。

我也许应该强调一下，作为北大的学生，进入这个学校后，你首先应该去阅读和了解这个学校的历史。这个学校出现过哪些伟大学者，它如何变为今天这样一所了不起的学校，它的教育哲学是什么，等等。胡适先生在校园里没有塑像，因为他当了国民党政府的驻美大使，后来又死在台湾；但是他一生念念不忘的是北京大学（他虽是美国一所大学的毕业生，但在北大任教，在北大当校长，在北大名满天下，所有对北大充满了感情），无论走到哪儿，一说起北大，他一定要说“我们北大”。本校的一位老教授接受中央电视台“东方之子”的采访时说：“我这一辈子很满足。全中国最好的地方是北京，北京最好的地方是海淀，海淀最好的地方是未名湖畔，我能在未名湖畔生活一辈子，这是多么幸福的一件事。”未名湖畔的美，并不完全在于它的景观，还在于那些伟大的学问家、思想家，是他们铸造了这所学校的伟大风范和伟大品格。前年北大百年校庆时，大家都在争夺对北大精神的解释权。北大的精神是什么？有人解释说，是爱国主义，这是第一位的，然后是民主、进步；也有不同的见解，我就不同意从这个角度来阐释。我认为北大最主要的精神在于对学术自由和人的思想自由的倡导，这是这个学校最伟大的传统。我们法学楼门前立着一座雕像：马寅初先生，他就是这种精神的示范者之一。五十年代初，在毛主席倡导的“人多力量大”的观念占主导地位的情况下，马老校长公然明确地提出与官方不一致主张，提出所谓的“马氏人口说”，认为“人多力量大”是错误的，人多消费多才是正确的。在被打倒之前的最后一篇文章中，他开头就说，真理是需要辩论的，是需要对方说话的；但是现在我已经明确地知道，你们要封住我的口，不许我说话。但是，我该说的话，只要一有机会，我还是要表达出来。——就是这样一种人格魅力，一种追求自由的精神，一种不同流合污的精神，是我们的学校得以立世的最重要的资本。

大学独立、大学自治是一种西方的传统，传到中国后，它的发育并不容易。中国有悠久的读书做官的传统，而且是政教合一的，这与西方有很大的不同。在西方，即使在黑暗的中世纪，一个追求自由的人也可以两边躲藏——得罪了世俗政府，可以躲到教堂里；得罪了教会，可以请求国王的庇护。所以他可以有一个自由的空间。天主教会、罗马教廷一直是一个强有力的抗衡世俗权力的一个精神组织，这种精神组织对于西方的自由发展是非常重要的，是非常强有力的一个制度因素。不像我们这儿，自古以来，“一经圣人口，议论安敢到？”刚才我说的李贽，李贽有一个罪名叫“非圣”，对我的老乡孔子的有关学说提出置疑，不赞成孔子的学说，这就是非圣。但是，赞成或不赞成孔子的学说由谁来判断？这是个问题。在传统社会，照例是由世俗权力最高的人来解释的。今天，在我们国家，这个问题仍然重要。我们宪法规定了坚持四项基本原则，其中之一就是坚持马克思列宁主义，可是，一种观点是否符合马克思主义，谁说了算？在中国历史上一直是谁有权谁说了算，两千年来一直是皇帝说了算，皇帝说你非圣你就非圣，没有辩护的余地，在这样一种传统下，说实话，大学要获得一种生存的真正空间并不是一件容易的事情。西方最古老的大学都是教会办的学校，当政教分离时，教会管一个人的精神，世俗的政府只管一个人的行为，也就意味着在一个人的精神领域中，国王的权力不能进入。有一种说法是：风能进、雨能进、国王不能进。大学就是这样。大学的神圣的殿堂，绝对不容许任何世俗势力指手划脚，不允许它干涉一个学者的思想自由。一个学者的思想自由是他得于立世的最根本点，如果没有这个自由，学者便成为行尸走肉。说老实话，学者不怕吃不好，不怕住小房子，不怕坐大汽车，怕没有自由。可能你们听说过哈佛大学的校长不买美国总统帐的故事，那个故事典型地体现了大学的尊荣和面对世俗政府的高贵。

我虽然不是北大毕业生，但很早就对胡适校长、对蔡元培校长感兴趣，不断阅读了许多北大学者的著作，知道不少老辈学者的事迹，我觉得这样的精神最让我感动，所以，当后来有一个机会调过来的时候，自己真是觉得找到了灵魂的归宿——不仅仅是有了一个饭碗，而是一个灵魂的归宿。自己感觉到，一辈子能在北大生活，我心已足！有一本书叫《最好的辩护》，是哈佛法学院的一个教授叫德肖维茨写的，他在书里写道，在美国，最好的职位是什么？是哈佛法学院教授。我们的法制没有美国那么发达，收入没有美国法学院教授那么高，但是我可以说，北大法学院教授这个位置，是一个中国人能够得到的最好的位置（笑，掌声）——不用再加上“之一”。我想，我们每一个进入北大的人，对我们来说首先要上的一课是这样一课，使我们成为这个精神家园中的一个成员。从入学开始，你们就注定有了一个标签，这个标签就是北大毕业生，北大的校友，按照美国的惯例，你们的名字后面会加上“04”，表示你们是 04 年毕业的这届学生。这是一个标志，可以说一入这个门，就跟这所大学有了不解之缘，你们今后的路还很长，不是我们每个人都会一辈子生活在这个校园里，但是我们每个人都要体现出这个校园中生生不息，延续百年的一种精神，这是我们第一课里应当学到的。

我学法律的体会

下面谈谈过去学习法律的一些体会，我现在仍处于学习过程中，活到老学到老，自己也常感到一种危机感，感到做教师的压力。我原来以为一辈子读书、拿工资就行了，搞了半天还要发表文章，每年还要发表几篇学术论文，论文还要有一定规范性，下边有一些外文注释才算好文章，压力也很大。现在有些方面的压力已经没有了，比如评职称，因为已经到顶了，我打电话给我妈妈说：“我评上教授了。”我妈说：“还能往上吗？”我说：“不行了，已经到顶了。”老太太说：“人还不到四十就到顶了，就没得可追求了。”这是她不能理解的一件事情。这样一种职业，还有一种压力，要求你不断创新，要有一种追求，比如给你们作过报告的朱苏力教授，他真正是一个学术上有追求的人，有一种创新精神，写文章也特别漂亮，我有时感觉：“怎么跟这样的一个同事在一起！”（笑）

那天的开学典礼上让我作为教师代表讲话，我强调了两点：一是要意识到法律学术是一个伟大的学术传统，你要了解两千年来的法律学术是怎么回事，要用有限的四年时间，真正地把握其内在精神，要成为一个法律人。我们法学院教育的目的是，让在座的每个人都学会 thinking

like a

lawyer，如何像法律家那样去思考问题？法律家是怎样思考的？我这段时间给研究生讲课，讲的就是法治、依法治国。依法治国究竟是依什么治国？就是依在座的各位，你们将来就是治国之才，你们将来就是这个国家的栋梁之才，这意味着你们在法学院里所学到的这套思考问题的方式，学习到的这套概念、理论，它对社会有一种调整作用，你们用的是这种东西去调整社会，而这种东西的历史绝不是几十年或几百年。古罗马人创造了伟大灿烂的法律文明；中世纪人类最早的大学只有三个系：哲学系、医学系和法学系；人类历史上最早的大学意大利的波洛尼亚大学，就是一所法律学校。许多人学了几何、逻辑、修辞等学问以后到波洛尼亚大学来学习法律。法律是调解社会生活的，法律是用一套经过数千年构筑起来的人为的知识来改造社会、调整社会。但是，请注意，法律首先是一个饭碗，我们学法律，也许并不完全是为了满腔热情地报国报民，或许首先不是这个，而是律师收入比较高。做一个律

师，打官司、诉讼、在法庭上慷慨陈辞，下来后腰包滚圆，凭什么人家给你这么多钱？凭什么一场诉讼人们就给你二十万、三十万，有人打一场官司就能买一幢房子？凭的我们所学的这套知识无法普及到整个社会，无法让每个人都成为自己的律师，只有我们才能担任律师工作。我们掌握的是什么？是特殊的知识，是一个很难普及的学科。请看我们所使用的语言，将来你们会学到一大堆一大堆怪头怪脑的词汇，人家叫“老公老婆”，你偏要叫“配偶双方”（笑），还有配偶权；人家说 bar 是喝酒的地方，我们说 bar 就是律师界；我们平常有一些怪怪的词汇，比如说无罪推定，老百姓不理解，有人写文章，称“林彪、四人帮对人民实行法西斯专政，大搞无罪推定！”他理解错了。还有善意买受，一年级的同学问我什么叫善意买受人、恶意买受人。一个人在自行车市场上花 30 块钱买了一辆崭新的自行车，我们说这是恶意买受，为什么呢？因为依据常识，30 块钱是不可能买到一辆新车的，你居然买到了，这是你有意识地买赃物，这肯定是在帮助销赃嘛。你这种财产权也是不受保护的，这里的善意、恶意跟道德家讲的很不一样。还有不当得利、无因管理、禁治产人，老百姓都不知道，有人连“上诉”都不知道，东北某法院的审判长说：“如若不服本判决，可以上诉至本院的上级人民法院。”当事人问：“审判长，你让我上那棵树啊？”（笑）

这些概念太多了，即使是在美国这样的法制发达国家，法律家所使用的概念体系跟日常语言之间也有很大差距。正是因为对这样一套语言、对这样一套知识及其背后的制度和理念的把握，使得我们成为一个法律人。法律人因此可以交流，而且交流的成本降低了，交流的准确性提高了。大家一见面，“我看你的要约有问题，你那里边有点诈欺的意思，所以可能很难得到法律上的救济”。我们说得很清楚，都没有什么误解，可要是有个外行人在旁边听了，就会丈二和尚摸不着头脑，这说的什么东西啊？我又不是灾民，要什么救济呀？他不知道法律救济是法律上采取的相关措施。这一套语言是我们的饭碗，也是我们的学问得以精确化的一个很重要的前提。无论是法官、律师、检察官，都要到法庭上去辩论或作出决策。如果法官、律师、检察官没有受过共同背景的训练，那法庭就乱了，就会相互之间“秀才遇到兵，有理说不清”了。要是法官听不懂什么是善意买受人，那就很可怕了。所以，这是我们法律人必须领悟把握的一套伟大的知识传统。

总的来说，我们要理解法律知识的传统，这是经过四年的教育后首先或最基本的要求，以后分析问题时，要 thinking

like a lawyer，

你就是一个 lawyer。我最近写了篇文章分析一个事件，就是在追求 thinking like a

lawyer 这个境界。这是一个比较热门的事件。重庆有个 28 岁的年轻人，叫唐卫江，他到朋友家玩时看到朋友新买的佳能打印机，这台打印机附送了一个宣传品，上面是“百变赵薇”，就是那个演小燕子的演员，佳能公司选她做形象大使。唐卫江觉得这个挺好的，就借回去看。他回家后仔细一看，不对，有问题，上面写道：赵薇出访过的国家：中国、台湾、香港。问题严重了，唐卫江怒不可遏，这不是对中国人民感情的污辱吗？这不是公然分裂中国吗？搞一中一台，还有一港！唐卫江先生拍拍屁股就到了重庆晚报社。编辑可能也觉得抓到了一个大题材，他们第二天就刊登了对这件事情的报道，并且配发了题为“国家尊严无小事”的社论，愤怒谴责佳能（香港）公司这种对中国领土完整的公然侵犯。报纸出版后，这起事件引起了巨大的反响。人们纷纷表达对唐卫江行为的赞赏。不久重庆律师界有几位著名律师站出来，声援唐卫江，要免费为他打这场官司，起诉佳能公司违反消费者权益保护法，

同时声称这是一个重大的政治事件。果然，唐卫江开始筹划着提起诉讼，他向记者称要代表中国人民打这场官司，提出的诉讼请求有四项，第一，立即向全体中国人民赔礼道歉；第二，立即停止发送光盘；第三，立即销毁已有光盘；第四，赔偿 1 亿元人民币，作为对中国人民损害的补偿，同时他表示要把这一亿元人民币捐献出来建一百所希望小学。《北京青年报》等报纸都登了，我那天上网一查，简直可以说是遍地开花，各地媒体都加入了报道的行列。各地的人都觉得这件事太令人气愤了。然而，我仔细想了一下，think

like a

lawyer 地想了一下，就觉得这个事件有点问题，所以写了一篇文章，叫《一桩热门事件，三点理性建言》，发表在“北大法律信息网”上，后来又刊登在《检察日报》上。我说看了这个事件后，作为一个中国人都感到有种激动，我对唐卫江这种行为表示理解。但是，既然唐卫江先生说要用严格的法律程序跟佳能公司讨个说法，那么，我作为一个研究法律的人，从法律的角度去想一想，结果不想不知道，一想吓一跳，发现法律问题还不少，姑且写出来，以便有关人士及决策者更周全地更妥帖地处理此事。主要有三个方面的问题：第一个是，唐卫江有权利起诉吗？他有没有当原告的资格，或者说，他是不是“适格”的原告？从小的层面上说，你是在朋友那儿拿的光盘，是你朋友买的打印机，所以，是你朋友与佳能公司有消费者与生产商之间的关系，你没有。你从人家那儿拿个盘过来就起诉啊？那我也去拿一拿好不好？大家都找一张这种盘，然后都去起诉，都索赔一亿元，那结果会怎样呢？可以说是“谈笑间强虏灰飞烟灭”，诉讼后民族繁荣富强（笑）。法律上讲究，一个人要起诉，必须是利益的直接相关者，也就是说，诉讼中你的利益一定在里边，你一定与被告人利害攸关，否则法院不受理你的起诉。因为在诉讼中你可以使一些权利如变更诉讼请求，与被告和解等。所以首先你没有这个资格。

从大的层面上说，你说你代表受伤害的中国人民，谁让你代表的？法律上的代表不是中央领导那样说“我代表中国人民”就能代表了。诉讼中的代表需要有一个推选程序，受伤害的中国人民一起来推选才行，而且在民诉法中说，一方当事人数不确定时，叫“当事人一方人数众多的诉讼”，这时法院要求把人数确定下来，其方法是在报纸上登公告，一定期限内利益相关人必须以书面形式向法院有关单位登记，登记之后才是诉讼当事人，否则不是。而这个事件发生后，既没有经过推举程序，也没有经过公告登记程序，唐卫江先生如何可以代表中国人民呢？

第二个问题是，这个案件究竟是什么性质？唐卫江非常愤怒，律师们也跟着愤怒，律师们说：“这不仅仅是法律事件，而且是一个重大的政治事件。这是对中国人民尊严的侵犯，对中国人民情感的污辱。”这里的调子倒是抬得挺高，容易引起人们的激愤，但是最大的坏处是，若是政治问题，则法官无法处理。政治问题与法律问题有很大差别，它是一种大是大非、你死我活、不可妥协、绝不让步、寸土必争的问题；但是法律上处理任何案件，都有一个可能的妥协让步，尤其是民事案件，有什么大是大非呀？被告跟原告说，你要 80 万太多了，我最多给你 40 万。原告那边说，40 万？没门儿！少一分也不干！法官说：不要争了，我提个建议，

60 万如何啊？（笑）双方一考虑，好吧，60 万就 60 万吧，于是双方达成妥协。这就是民事诉讼方面经常所说的优势证据、调解原则等，有什么是非呀？说这件事是政治问题，势必将法官推到一个尴尬的境地，唐卫江先生说：这个案件，如果法官判决我胜诉，以后外国

人来中国做生意时就会注意中国人民的感情；如果法院判决我败诉，外国人今后到中国来就会更加猖狂！就会更多在思想文化领域给我们制造混乱，使我们重新回到清朝受外国人欺侮的状态！好家伙，法官遇到这种案件可真是没法判了——两条路，一条上写着“爱国主义”，一条上写着“卖国主义”，法官还有选择余地么？这不是法官判案，是唐卫江先生已经把案给判了，法官只能就范，这是何方道理？所以把这当作一个政治问题反而搞乱套了，搞得法官没法判了。

第三个方面，这一亿元的诉讼请求是怎么出来的？唐卫江说：我也没经过什么精确计算，反正算它一台机器三千、五千块钱吧，有些还上万呢，要是彻底一点，应该所有财产都没收了，他们侮辱中国人民的感情，这就是代价！说得咬牙切齿。然而，我觉得诉讼请求还是该经过一个合理计算，狮子大开口也是个问题；另外，一亿元，看上来很大，法院可能从未判过这么大的数目，但是，他说这一亿元作为中国人民受到感情伤害的补偿，我一算，坏了，中国人——大陆外加上港澳台，少说也有 14 亿人口，1 亿除以 14 亿，每个人才区区 7 分钱！这才真是对中国人民感情的侮辱，是在伤口又撒了一把盐。我本来就受到了伤害，你说：给你 7 分钱补偿一下（笑），这不明摆着欺人太甚么？另外，唐卫江又说要用这一亿块钱建五百所希望小学，我说你没这个权利，你仅仅是诉讼代表人，而诉讼获得的收益是在全体当事人中间分配的，你说捐给希望小学你就捐啦？这是你的钱啊？你作为代表人打了官司这钱就都成你的啦？这 7 分钱我还要呢（笑）。

按说，唐卫江是一个没学过法律的人，他提出这类不符合法律的要求是无可厚非的，奇怪的是，为什么那几位优秀律师也不冷静地想一想其中的法理？也许大家听我说这些的时候感到心里有点憋，似乎我把解决问题的路都给堵死了。其实我们说它是政治问题时，并不是说它不能解决，中国政府完全可以跟日本政府方面提出交涉，中国外交部可以提出照会，可以表示遗憾，可以表示抗议，可以表示强烈抗议，可以降低甚至断绝外交关系，最严重的时候甚至可以诉诸武力。政治上的事情用政治手段来解决，法律没办法解决这类问题。毫无理性地乱来一气，那就不是搞法律。

好的法律人应为“博雅之士”

上面我们谈的是作为一个法律专业学生在专业方面的训练。法律之外，一个人进入大学后，还应该努力把自己塑造成一个“博雅之士”。四年之中，你会受到一种精神的熏染，最后，当你走出校园时，你会变成很不一样的人，从外观气质、内在修养，各个方面都变得不一样，这种不一样在很大程度上是大学教育的功绩。当然，不看一本书，偶尔听听课，在未名湖畔谈谈恋爱，四年之后也会改变，也会变得俨然有斯文之气（笑），但是我们不该这样过这四年，还是该经常地、认真地读一些书，开学典礼上我也说过，不仅仅要听法学院的课，还要有效地利用我们综合性大学的优势，多听点外系的课，比如西方艺术史、电影艺术鉴赏这样的课。百年纪念讲堂时常有交响音乐会，听听交响乐，领略一下最高层次的交响乐团演绎的贝多芬，在听《田园》时想着田园风光，听《命运》时想着贝多芬这个命途多舛的艺术家怎样与命运抗争，怎么写出那么美好的音乐。《第九交响乐》，那是圣灵的感召，人类要走上大同，要有更多的和平而不是战争，人类都是兄弟姐妹，我们要有一种大同的理想，不要在人间制造仇恨，我们要追求人类的和平，相互的理解。我们不能想像贝多芬在写《第九》时耳朵全聋了，而且已快走到生命的尽头。他亲自担任指挥演奏完《第九交响乐》之后，下面欢声雷动，大家都在鼓掌，贝多芬却一点都听不到，旁边的人提醒音乐家：“你应该向大家致意，大家都在鼓掌。”贝多芬转过身来，现场的人们看到音乐家满脸淌着的泪水。这种

伟大的作品，让你感到人生的崇高。胡适老校长写过一篇文章叫《不朽》，人怎么才能不朽？不见得我们都去创造贝多芬那样的伟业，但是，我们每个人都可以有让自己不朽的方式，那就是为社会做出某种贡献，这就足够了。你会在这个世界中领略许多美好的东西。蔡元培校长说："要以美育代宗教"。我们有许多伟大的艺术，容易让我们感受到宗教式的伟大，我们应该看看画展，看看其他的艺术作品。我一直主张，北大应该利用自己的资源，给我们的师生提供更好的精神修养环境。一百多年来，北大历史上有多少伟大的人物，有伟大的艺术家和学问家，他们的书法墨宝，他们的著作手稿，为什么我们不可以搞个很大的陈列馆把它们陈列出来，让人们来以后都可以看到："哎呀，你看胡适校长写的一封信。"看着先贤的手迹，会睹物思人，会感受到一种精神风范。孟子讲"养吾浩然之气"，这种浩然之气是怎么养出来的？在家养鸟种花行吗？不行，靠的是读书、听音乐、看展览和其他一些富于意义的活动。没有这些东西，一个人的人格就不会获得真正的提升。

对于学习法律的人来说，追求博雅境界还有职业意义上的效果。一个只懂法律的人绝对不可能成为一个好的法律人。他需要拓展自己的知识视野，他要读许多东西，例如莎士比亚，通过莎士比亚的戏剧可以领悟到许多人的道理，人生本身的悲剧，像哈姆雷特这样的角色，他体现的不仅仅是戏剧里的一个表浅的人物，他揭示的是人生的深刻的悲剧和内在的冲突；陀斯妥那夫斯基的小说里提示的对法律正义性的追问，那是值得我们去思考的；卡夫卡的《审判》，可以揭示出法律的某种荒诞；狄更斯说法律诉讼是人类的一种灾难。我们搞法律的人也许应该跳出来一点，读一读这些文学家的东西，文学家往往是社会里感受力、领悟力最高的一个群体，

"春江水暖鸭先知"，文学家的脚总是在水底下游动，他对这个社会中的疾苦体悟得最快。所以，读文学作品实际上是理解一个社会、理解一种人性，最终对于我们的专业工作会起到非常重要的作用。我觉得我们应该分出一定的精力去读这些伟大的文学作品。我们还应当去读一些西方哲学史上的经典著作，一些原著，不要过多地读一些二手资料；二手资料可以读一些传记，我觉得伟大人物的传记总是让人感到人生的振奋，感到一种激越之气。还要读经济学的著作，说实话，这是我自己知识上的一个缺陷。我一看经济学的书就烦，看不下去，不喜欢经济学，特别不喜欢，我一直到上大学后才知道，为什么在银行里存钱不但不收保管费，反而要给我利息。到别的地方存东西人家都要收保管费，到银行去保管钱，它倒过来给我钱，我真不理解这是怎么回事。到上大学后才理解了，原来我的钱被它用了。但现在我觉得一些经济学著作还是比较容易读。我劝大家不要重蹈我的覆辙，现在法与经济，Law

and economics

已经变成了一门非常有影响的学科，用制度经济学的方法来分析法律问题。不懂一点经济学，怎么分析法律呀？什么成本、效益、还有博奕论，这是个 game，a

theory of

game，对法律思考也产生了不少影响。另外，我们还应该多读一些历史名著，希罗多德的呀，塔西佗的呀，爱德华?吉朋的呀，他的《罗马帝国衰亡史》已经翻译成中文了，还有其他的等等。总而言之，经典著作是我们应该阅读的，包括中国古典的经典，如孔子、孟子。我跟一些本科生接触，发现他们对孔孟还都挺熟，有时候说起来一套一套的，比我强多了。我只在小时候批林批孔时学了一点孔子，后来就没有很好的读过，读研究生时才开始在

中国古典上面下点功夫。最后，一个法律专业的学生还要提高自己的语言表达能力，并且把字写得好一些。作为一个中国人，你的汉字写得不漂亮，那真是不大好。这些知识都直接或潜在地对法学有影响，所以我们需要在这方面多开拓自己的知识，所谓“艺多不压人”，读书多了，对分析法律问题是一种潜在的资源，会让你在分析法律问题时不会陷入工匠式的牛角尖里，拔不出来。你会获得一种有智慧的平衡，一种理性的平衡，永远会做好自己的判断，这是一个法律人成长中必须要做的。你看，这四年要做的事还是很多的。

希望我以上所讲的对你们有所帮助。谢谢大家！（鼓掌）

上传时间： 2004/9/27 文章来源：新语丝 本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

在法学所聘请江平先生为荣誉研究员仪式上的讲演

by 贺卫方

尊敬的江平老师、王家福老师、夏勇所长、陈甦副所长，女士们、先生们：

能在这样一个仪式上致辞，我感到非常荣幸。在这里我有多重的身份，但最重要的身份是江平老师的学生。作为学生，我们都应为自己的老师在 74 岁的时候被聘任为法学研究所的荣誉研究员表示由衷的祝贺，想跟江老师说：祝福您！

我相信很多机构都想和江老师发生关联，许多人都特别愿意表达他们内心的一份敬意。江老师在中国的法学界、教育界拥有如此崇高的地位不是没有来由的，重要的是江老师言行中体现出来的精神令人敬佩。我一直在思考这种精神，甚至也有幸体会这种精神。过去在中国政法大学读研究生，后来又留校任教，自己有机会聆听江老师教诲，感受他的魅力。1988年，我曾经在一家公司作一个业务员，后来因为某种原因，在那里呆不下去，就找到江老师求助，他使我很快地回到了学术单位。可以说，在那个极其困难的时刻，是江老师把我又拉回到学术界。所以，每念及此，我总是对江老师心存感激。

我觉得江老师的精神可以从三个层面去理解。第一，他有着非常强烈的令人感动的道德勇气。这种道德勇气可以说是延伸到他生活的每个环节。江老师有深切的家国之忧，并对民族的命运一直保持着最强烈的关注。他有一句名言，他也常常将此题给他的学生们："只向真理低头"。江老师 60 岁寿辰时，中国政法大学的毕业生们自发地为江老师祝寿。在祝寿活动进入高潮的时候，我们都要求江老师表演一个节目。江老师走路不太方便，但是我们还是看到他步履的坚定，他用英文演唱了美国工会运动的一支歌曲，叫《我们绝不动摇》。看到这个场面，在场的每一个人的心灵都深受震动。一个民族、一个国家需要有自己的脊梁，而江老师就属于这样的脊梁，而法治社会的建立靠得也就是这样的脊梁。

第二，江老师身上体现的是知识分子的尊严。在相当长的时间里，知识分子一直被视为

依附性的群体，他们只是为某种阶级服务，自身决无独立的品格。直到今天，知识分子如何保持独立的品格，仍是我们每一个人都经常要面对的考验。江老师是著名学者，他的学术领域不仅仅在民商法，还在其他的许多领域，近年来尤其关注宪法问题。江老师意识到民法得以具有生命，离不开一个良好的宪政环境。江老师对于在中国建设宪政体制所面临的问题有敏锐的洞察，他的言说在理论高度和立论的独立性上，都超越了某些一辈子研究宪法的学者，显示了江老师真正拥有知识分子的尊严、智慧和品格。

第三，江老师不断提携后学的精神感人至深。在 70 岁的时候，他拿出自己的积蓄，宣布成立"江平民商法学基金"，对于那些在法学学习和研究上成绩突出的学子加以表彰。同时，江老师足迹踏遍大江南北，给各种各样的人讲课，这些人都通过学习不仅了解了民商法的知识，还了解了江老师的精神以及他博大精深的学问。我认为江老师在我们这个时代里对于后学而言，可以说是影响最大的教师之一，他是我们这个民族的法学老师。

江老师内心充满着对生活和我们这个世界的热爱，他喜欢古典音乐，也是一个级别很高的球迷，对于世界杯和欧洲杯的转播，江老师也和年青人有同样的热情，后半夜三点爬起来看球，第二天又兴致勃勃地参与学术研讨。那样充沛的精力让年轻人也自叹弗如。今天，这样的仪式让我为江老师感到由衷的高兴，也不免让我对于未来有一份企盼，希望将来我七十四岁的时候也能够受聘成为法学所的荣誉研究员，也有江老师这样健康的身体，更重要的是，有江老师这样的精神。谢谢大家！

(根据录音整理)

上传时间： 2004/7/1 文章来源：法律思想网

在西南政法大学五十周年校庆典礼上作为校友代表的致辞

by 贺卫方

2003 年 9 月 20 日在西南政法大学体育馆

贺卫方

（西南’82，北京大学法学院教授）

母校的各位老师、各位领导，各位尊敬的客人，各位校友和同学们：

在一所大学的校庆典礼上，约请校友代表致词当然是一项惯例。不过，当这项荣誉降临到我的头上的时候，自己还是感到不小的意外。我猜想这多多少少跟我是本校 78 级的学生

有关。大家都知道，78 级的学生是我校文革结束复办之后招收的第一届学生，不仅如此，在庆祝建校 50 周年的时候，我们更可以发现一个巧合——我们入学那年，正好是迄今为止我校 50 年历史的中间点，是一个分水岭式的年份。此前的 25 年历尽磨难，凄风苦雨；此后的 25 年劫后重生，柳暗花明。

这真正是风雨苍黄的 50 年啊！我们的母校可以说是生于忧患。通常人们愿意把一个大学的建立视为一桩教育事业发展的起点，但是，作为 1950 年代初期高等教育界大规模院系调整的一部分，1953 年我校的创办实际上是对法律教育实施压缩政策所导致的一个结果。根据《中国教育年鉴》的记载，1947 年政法系科的学生占在校学生总数的 24.37%，而到了 1957 年，这个比例居然下降到了 1.87%。此后更是一路下滑，直到文革期间的全面停办。更重要的是，若干所综合大学的法律、政治学系被强制合并为一所政法学院，这本身就是对法律教育多样化的一种压制。同时，单科型政法学院设置的背后隐含着某种特定的教育理念：在一个已经不需要思想家的时代，综合性大学所更易于培养出来的那种批判精神就完全是多余和有害的。

在那样一个不讲法治的时代，我们该庆幸母校有如此杰出的教师群体和一代又一代自强不息的莘莘学子。直到我们这一届学生入学之后，仍然听到不少老师跟我们谈起那个对于法律人而言真正是充满压抑和屈辱的年代里所发生的种种悲剧。我们甚至在东山大楼的外墙上看到枪炮射击留下的累累弹痕，望之令人不胜唏嘘。除了培养了学生之外，在前 25 年那艰苦岁月里，母校的老师和领导给这所大学作出的最大贡献便是人未散掉，校园保存下来了——尽管半壁江山失手，但是比起中国政法大学的前身北京政法学院被“五马分尸”来说，毕竟还是不幸中的大幸，况且复办后老师们还曾经试图发动学生想方设法收复失地呢。人马未散，家园尚在，这种更好些的条件使得文革结束后我校能够捷足先登，率先复办，并成为全国重点院校。这是对于后来的发展至关重大的一个基础条件。在这里，我们应当向那些此付出艰巨努力的老师和领导们表达崇高的敬意！

在后来的 25 年里，我们的学校跟这个国家一样赶上了一个空前的发展机遇，已经多年不上讲台的老师们焕发出巨大的教学和研究热情。林向荣老师从辅导，到讲课，让我们感受外国法制史的魅力；廖俊常老师铁嘴钢牙，雄辩滔滔，在法庭上尽情地展现着法律知识的力量，也展现着重庆方言的幽默风趣；高绍先老师文采华茂，在课堂上引用某学生的打油诗“来到歌乐山，大作壁上观”，不过，至今我仍然怀疑，那诗是否就是高老师自己编的；张警老先生一派隐士风范，治学严谨，只是那浙江方言常令学生如坠五里雾中；杨杜芳老师为矫正年龄已近三十才开始学 ABC 的同学的英语发音费尽移山心力，一位同学总是把 London 读成 lang

dang；上逻辑学的邢同洲老师上课时常举些我们习焉不察的表述里的文字错误，仿佛他的提包里仿佛装的不是讲义和书，而是满满的各种错误；图书馆出纳部的肖廷秀老师总不忘托人给同学们捎口信，告诉他们要借阅的某本书已经还回来了……我有限的视野和今天的时间限制都不允许我在这里将母校各具特色的老师们的风采一一称颂，我只能说，他们有着最明显的共同点是对知识的一往情深和对学生的一片炽热心肠！

女士们，先生们，在今天这个庆典的时刻，大家都在企盼和祝福着这所我国法律教育重镇更加美好的未来。我们都看得出来，西南取得了辉煌的成就，但是未来的发展也要面临着不少挑战，要克服某些特殊的困难。作为校友，我个人很高兴在过去的几年里有不少有机会

向校领导建言献策。走向真正的综合性大学无疑是正确的目标，尽管法律之外科系的发展需要一个漫长的过程。大学的层次其实完全依赖于校园中学者的层次，正如教育家弗莱克斯纳告诫我们的："……必须记住，大学靠的是思想，靠的是伟人。一个微耳和、巴斯德或吉布斯就可以改变其研究领域的整个知识秩序。"一个优秀学者的个性必须得到尊重，他需要不必依靠加官进爵便可以得到的尊荣。从本科生直到博士生之间各种层次学生们的互动是学生成长过程的重要环节，也是大学校园生活对人生最具影响力的内容之一，而相隔较远的两处校园无疑给这种互动带来了巨大的困难。在招生规模不断扩大的今天，如何对于我们的每一位学生进行细致的培育，让他们能够经常接触老师并能够充分利用图书、网络等设施，都是需要审慎地考虑和以有效的制度加以保障的。

最后，我要说，构成一个伟大大学的最重要的精神内涵永远是求新和创造。在过去的 50 年间，母校的教师和她的毕业生已经显示了这样的精神。今天，中国的法治正在走向攻坚时期，虽然社会已经发生了沧海桑田般的变化，但是我们法律人还是承担着在一个尚未实现法治的国度里建设法治社会的使命，这使命神圣而艰巨，关山阻隔，困难重重，但是知识、智慧和锲而不舍的毅力永远是我们取得胜利的重要保障。对于探索者而言，面对着的前方也许仍然是漆黑一团，但是，他们能够得到的最好奖赏是，当回首背后，他们看到的已经是灯火灿烂的世界！

谢谢大家！

上传时间： 2003/9/24 文章来源： 本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

正义的行头

by 贺卫方

假发的隐喻

香港回归的当夜，特别行政区的新任官员们举行就职宣誓典礼，中央电视台现场直播。就官上任要进行宣誓，在我们这里本来就是一件新奇的事情，而当宣誓人中出现了一群头戴假发、身着法袍的法官的时侯，电视机前的人更是议论纷纷——

"打扮得这么怪模怪样的，是些什么人呢？"

"刚才司仪不是说了么，是香港法院的法官们。"

"法官？他们怎么这样一身行头啊。大六月的，包裹得那么严实，我都替他们热。他们干嘛不像我们法官那样，穿制服，戴大沿帽？"

“这你就有所不知了。没看过香港电视剧么，那儿法庭上的法官，对了，连律师也在内，都是要戴假发、穿法袍的。”

“可是，我要问的问题是，为什么法官和律师要有这样一身打扮？穿制服、戴大沿帽不是挺威风么？”

“当然，威风是威风，不过，制服和大沿帽属于军警类职业的服饰，法官不能划到这类职业之中。法官是文职官员，而且是非常特殊的文职官员。”

“你看你看，你老兄一家伙就把我们法官的这身服装给否定掉了。我问你，法官究竟哪些地方特殊，非得有这样一身奇装异服？”

“说来话长。不过，我得先澄清一点，香港法官的服饰完全是英国制式，但它却并不是西方国家的通例。在法律与英国同属一种传统的美国，法官便只穿法袍，不戴假发。至于法官戴假发、穿法袍的理由，老实说，我也没有见到很权威的解说。只能根据平常的一些零星阅读，加上一点联想和推测，作些粗浅的解释。”

“不必谦虚，又不是大学讲堂，你姑妄言之，我姑妄听之，如何？”

“那好。我先问你，见到法官的这身打扮，你最初的感受是什么？”

“不是跟你说过了么，奇装异服，怪头怪脑——那根本就不是人的头发。”

“说得是。同样是假发，法官的假发跟平常一些人为掩饰发源稀缺而佩戴的假发很不一样。后者追求的效果是乱真，最好让人误会为美发天成；前者却恰好相反，设计的样式是要明示其假，生怕别人看不出他伪发在头。并且，如果仔细观察，你会觉察出，它不止是要人们看出那并非真发，还要显示出并非人发。你说它根本不像人的头发，其实这正是它希望达到的效果。”

“你是说，这假发把法官都变成了半仙了？哈哈，这倒是蛮好玩的。”

“又不是算命，半仙什么？不是半仙，是半神。法官的职业特点，要求他有半人半神的外部形象。”

“越说越邪乎了。法官所做的，不就是根据法律的规定处理纠纷、惩罚犯罪么？半人半神，有啥必要？”

“表面上看，法官所做的事情是很简单，但实际情况却并非如此。看起来意思很清楚的法律条文，要把它们适用到千差万别的社会生活之中，这个过程实在是相当复杂的。举个简单的例子，某地法律规定，禁止在公园中睡觉。这条法律够清楚的吧。可是，假如一个躺在公园的长椅上貌似睡觉的人恰恰是个失眠症患者，法官如何处理？这就不是一个机械地适用法律就能解决的问题。无论是判此人违法，还是不违法，法官都需要进行一番论证。这个论证的过程实际上就是法官立法的过程。从小的方面说，是为本案当事人立法，从长远的方面

说，更是为今后发生类似情况的潜在当事人立法。可以说，法庭上的法官是现代社会中唯一的一种言出法随的角色。行使这么大的职权，形象上不来点神化，是不是有些份量不足呢？”

法官老的好

“你刚才关于法官需要有些神化色彩的议论当然有一定的道理。这使我想起德国思想家马克斯·韦伯有关合理化统治的理论。韦伯认为现代法律的合理化过程是排除个人化因素和神圣化因素的过程。你肯定记得他的‘自动售货机’比喻：现代的法官是自动售货机，投进去的是诉状和诉讼费，吐出来的是判决和从法典上抄下来的理由。”

“韦伯的理论自然有其高深和合理之处。不过，在我看来，韦伯关于现代合理化法律的理想图谱基本上是以欧洲大陆国家近代法律演变为依据描绘的。至于英国和美国的法律，是被他作为一种不合理的法律体系来看待的。其实，理论的价值也许正在于它不是实际生活亦步亦趋的对应物，而是一种提炼，一种升华。也就是说，现实生活中，不同类型法律所具有的因素是互相交错的。就法律制度的神圣色彩而言，现代法律的发展趋势的确是越来越淡薄了。法官的假发和法袍也许是古代制度神圣色彩在当代的难得残余。我们暂且不谈大理论，接着我们的讨论。我想，英国和受英国法律影响的一些地区的法官之所以穿着这样的服饰，第二个原因可能是戴假发会让人显得老态龙钟……”

“老态龙钟？这倒很有意思。呵，是啊，假发的颜色灰中透白，即使是年轻人戴上，看上去也像是一个苍苍老者。但是，这难道也是司法职业所必要的么？”

“我想这总是有助于提高司法职业者的权威的。法官的使命主要是解决纠纷。即使是刑事案件，实际上也是发生在刑事被告人和国家之间的纠纷。要有效地和公正地解决纠纷，国家强制力作后盾是必要的。不过，没有任何一种司法制度可以单纯通过强制力而维系；社会大众对于司法阶层的信任和信心永远是更为重要的。审理纠纷的官员要获得人们的信任和信心，良好的法律教育背景和对于法律知识的熟练掌握当然十分重要，但是更重要的却是法官的社会经验，丰富的社会经验有助于培养法官处理问题的技巧和智慧，从而强化他的个人魅力。你知道，知识通常可以通过教育而在相对短的时间内获得，但是，社会经验和处理社会问题的技巧就要靠熬年头了。这就是为什么在司法界，跟其他纯粹靠智力的领域不同，很少有少年天才出现的原因。西方谚语所谓‘法官老的好，律师少的俏’，说的也是这个道理。还有，在英国，美国，可能香港也是一样，几乎所有的法官都要从行业多年的律师中择优选任。法官受到任命时，很少有未满四十岁者，也是因为这个原因。”

“看来，对于法官这个行当，年轻化未见得是个合理的选择。孔老夫子说‘四十而不惑’，是不是对于司法职业来说，不惑是一个非常重要的要求？”

“所言极是。记得有一个古老的故事，讲一个人初任法官，审理一桩案件。听完原告的陈述，法官便迫不及待地说：‘我相信你说得很对。’等被告人说完，他又冲着被告人说：‘我相信你说得对。’法庭书记官懂得逻辑学上的矛盾律，连忙对法官说：‘大人，不可能原被告两方都对啊。’法官恍然大悟，对书记官说：‘哎呀，搞了半天，原来是你说得对。’这种被当事人牵着鼻子走的法官是不可能很好地处理案件的。当然，有些案件十分复杂，从来都不

惑的法官恐怕也很少有。重要的是，司法制度的设计应当让当事人相信法官是经验丰富，明智而不惑。假发的老化效应应当有助于获得这样的效果。”

非官僚化下的同一

“想不到香港法官的一身打扮，能够引出你这么多兴味盎然的解释。我想知道，除了半人半神和老化法官这两种效果以外，这样的服饰还有什么寓意么？”

“时间都这么晚了，我都怀疑你是不是已经困意盎然了呢。难得你有这么好的兴致，我们就索性扯下去吧。我觉得，这样的服饰至少还可以包含着另外两方面意义，一是它是一种统一的服饰，意味着穿着者们属于一个同一的群体；第二，它意味着穿着者的独立地位。”

“你的第一个意义似乎是不言自明的。只要是穿着统一服饰的行业，外表的一致总是标志着这些人属于同一个群体。这跟穿着警服的人们属于警察系统，穿着白大褂的人们属于医生群体的情况并没有什么两样。”

“当然，你说的很有道理。不过，我们还是应当看到，法官职业有它很特殊的地方。你知道，在英美国家，初审法院的法官通常都是一个人主持案件的审理的。每个法官都有自己的法庭。我曾经访问过一些这样的法庭，发现法庭的门上都镶嵌着法官个人的名字。法庭内部的布置和装饰风格也是由法官个人确定的。可以想见，每天在全国各地，许许多多的法官在各种风格各异的法庭上主持形形色色的案件的审理。而且，我们已经说过，法官在实际的司法过程中，要经常根据自己对于法律和正义准则的理解解释有关条文的具体含义，说白了，就是法官有时候要身兼司法者和立法者两种角色。这一点，使得他们与警察有了明显的区别。警察虽然也可能有‘将在外，君命有所不受’的情况，也就是说，在一些情况下，他要行使自由裁量权，但是，那并不是制定规则的权力。你看，又是裁决纠纷，又是制定规则，再加上各自为政，假如没有外表上的一致性，统一法制岂不变成了空口说白话了么？”

“我看，你是不是有点‘行头决定论’了？穿着同样的服饰，思想便能一致，天下哪里有这等便宜的事情！”

“哦……你误会了。我的意思是，法官的这种统一的服饰容易让人们感到（强调‘感到’二字）他们属于一个具有内在统一性的群体，感到他们是在对于法律具有统一理解的基础上处理不同的案件，感到他们是‘众口一词’。其实呢，我们都清楚，任何群体都不可能达到思想上的高度一致性。用过去曾经很流行的语录说法，‘凡是有人群的地方都有左中右。’法官更不是一个应当追求思想一致的群体。如果一个民族思想一律了，它的生机便窒息了。司法界的思想一律，也足以造成法律发展的停滞。虽然司法机构属于广义的政府机构的一个组成部分，虽然我们汉语里把审判案件的人称为法‘官’，但是法官这个职业本质上是与官僚化相抵触的……”

“哎哎，且慢，反对官僚化不是我们经常倡导的一个方面么？为什么偏偏单摆浮搁地只说法官这种职业与官僚化相抵触呢？”

“这里的官僚化并不是一个贬义词，它表示着某种特殊的组织和行为方式。我们看行政机关，那里就需要比较严密的组织，需要官员的非个性化，需要下级服从上级。所谓‘官大一级压死人’，正是官僚制度的生动写照。其实这并不总是坏事，甚至可以说是必要的。因为合理的官僚化可以使责任的归属十分明确,并且提高行政效率。不过，司法体系与行政机构就不一样。比方说，司法界就不讲下级服从上级，不讲普通法官服从庭长，庭长服从院长。上级法院和下级法院之间也不是行政机关那种上下级关系。这些问题说来过于复杂，暂且绕开它们。我只是想强调司法界的这种十分重视个体独立的特点需要在服饰方面作些弥补，服饰的统一有助于强化法官的同质性。”

法袍及其穿着者的独立

“你提到法官的个体独立，我觉得这种提法很有意思。服饰和独立之间有什么关系呢？”

“司法独立本是一个很值得好好讨论的问题。在我国，这个问题一度相当敏感。也许正是由于这种敏感使得一些基本的概念变得模糊不清。反过来说，在不少情况下，又恰恰是基本概念上的含糊不清引发了一些不必要的神经紧张。”

“咱们今天是无事闲聊，神经高度放松。你是不是可以谈谈这里边的道理？”

“所谓放松，可能是因为我们谈的是服饰以及跟服饰相关联的一些话题吧。说到服饰和法官的独立地位之间的关系，我前不久读过一本教育家写的书里引用的一段话很有些启发意义。让我把这段话读给你听：有三种职业是有资格穿长袍以表示其身份的，这就是：法官、牧师和学者。这种长袍象征着穿戴着思想的成熟和独立的判断力，并表示直接对自己的良心和上帝负责。它表明这三种职业者在精神上的自主权；他们不应允许在威胁下行事并屈服于压力。

中世纪史专家坎特罗威茨的这段话揭示了法袍、教袍以及学袍（姑且这样翻译这三种职业的长袍）所具有的象征意义。”

“以穿着某种样式的服饰表示成年和独立在中国或许也不是新鲜事，例如古代贵族男子年满二十岁时举行的冠礼，便是以戴上某种式样的帽子来表示已经到了可以自立的时候。不过，你大概会说，那种成年和法官所应有的独立不是一回事。”

“但是，它们还是有相通或相似之处的。成年意味着对于世事、人事能够作出成熟的判断，当然，也意味着独立谋生能力的具备。法官独立同样有对案件予以自主处理的含义。不过，司法独立是一种职业性的独立，它表明司法作为一种行业，拥有了不受外部力量影响的权力。同时，这种独立又具有特殊性，例如，我们平常没有听说行政官独立这样的说法，假如有人说军官应当独立，大家肯定把他看作疯子；谁都知道，服从是军人的天职。行政官也好，军官也好，都是成年人，为什么只有法官、牧师以及学者特别强调一种职业性的独立，其中道理是很值得思考的。”

“我想，这自然是法官职业的特殊性所决定的。不过，有一事我不甚理解，如果说司法

独立是一种行业性的独立，那不是跟我们法律规定的精神很相吻合么？我记得我国宪法就规定法院依法独立审判，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”

“行业独立是基本的，也是初步的。你知道，作为根本大法，宪法对于许多问题的规定只能是原则性的。这样原则性的大条文需要许多具体的小制度去丰富。不受外力干涉是很重要的，但来自司法界内部的干涉同样能够对司法独立造成伤害。像我们曾经提到的，下级服从上级这样的原则，在行政机关那里当然是必要的，但是，在司法机关强调同样的原则就不对劲了；少数服从多数原则可以成为立法机关的议事原则，然而，将这个原则应用到司法决策过程却需要作些限定。合议庭成员之间可以少数服从多数，但是，如果让亲自审理案件的法官这个少数服从由法院中其他某些同事组成的多数，就不符合司法决策的内在特点了。用法官们批评这种做法的话说，就是‘审者不判，判者不审’。不审者而偏要去判，不只是容易出错，更严重的是，对于司法独立原则是一种违反……你好象困了？”

“哦，不，不是困了，是有点走神儿，对不起。我在想，对于法官个人独立的强调是不是可以在法袍这一服饰样式上找到某些印证？你想呵，法袍的颜色以黑为主，黑色给人的感受第一是庄重，第二呢，似乎也有些神秘，黑色不是透明性最低的一种颜色么？这是否意味着作为个体的法官，他与外界有着一道难以透视的屏障，他的思想不受个人之外因素的影响或约束？”

“绝妙的解释！纵然是‘歪批《三国》’，道理却精当无比。我们的包公戏里，包青天的那张黑漆漆的脸谱是不是也可以作这样的解读呢？我不知道。不过，每一个法官都应忠于自己对于正义准则的理解，维护他作为法官的独立性，真正是构筑合理的司法制度的首要条件。因为，没有这种个人的独立性，整个司法职业是不可能真正独立的。”

原载《工人日报》1997 年 7 月 12、19 日，8 月 23 日、9 月 27 日。

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《运送正义的方式》

执行难

by 贺卫方

雷夫利法官（Judge Thomas M.

Reavley）是美国联邦上诉法院（第五巡回区）法官，看上去他总有 75 岁上下了。当我和来自中国的一些法官访问他位于得克萨斯州首府奥斯丁的办公室的时候，雷法官热情友好，兴致勃勃。他说能在他的家乡接待中国同行实在是一件美好的机会。他兴奋地回忆起头一年

访问中国，得到北京市高级人民法院盛情款待的情景，他甚至还记得起几位法院院长的名字。在随后的几天里，他为我们安排了广泛的活动——旁听法庭审理，与法官座谈，由得州最高法院首席法官代表州长授予代表团每个成员荣誉州民证书等等。他的博学、诚恳和善良给每个人都留下了深刻的印象。

雷法官对中国的司法制度也有些了解，但是，他说当他访问中国的时候，有一件事情令他很迷惑，那就是，所到之处，中国的法官们总要提出的一个问题是：你们美国的法院是如何解决执行难的？

是啊，法院作出了判决，败诉了的当事人——绝大多数是经济案件的当事人——不执行，不理睬，当法院"干警"到某企业、某村庄去强制执行时，当事人又纠集人员将法官与法警们团团围住甚至殴打致伤的场景，在我们这里真正是在所多有。中央电视台颇受欢迎的"焦点访谈"栏目就几次报道过这样的事例。按照借鉴外国先进经验的惯常思路，当然应当了解一下，美国这个法制发达的国家是怎样解决这样的难题的。

然而，雷法官却不理解这样的问题。因为，在他的国家里，司法判决的执行并不存在难题。"绝大多数判决都很顺利地获得服从和执行。"他明确地告诉中国同行。"至于为什么当事人会愿意执行法院判决，首先是因为这是一个法治传统十分强有力的国家。一般民众和企业都以尊重法院、服从法院为光荣的事情和应尽的义务。当然，在一个市场经济社会里，企业的商誉至关重要。如果哪个企业竟敢藐视法院判决，那实在是置企业的股票价格、未来利益于不顾的行径。任何有理智的人都不会做这样的蠢事的。"

"第二点，这也是很重要的一点，就是我们的法官时刻都意识到，法院的权力是有限的。一种权力，只有它是有限的，它才是有效的。联邦宪法对法院可以管辖的事务作了清楚的规定，司法权的行使不会超出宪法规定的范围，必须限于可以通过司法解决的案件和纠纷。不仅仅范围有限，而且权力行使的方式也不同于行政和立法部门。法院不能主动地行使权力，因为法院崇高的威望恰恰是建立在它只是消极地对纠纷加以裁决的基础之上。我们不会主动地收集任何证据，在庭审过程中也是让当事人及其律师唱主角。我们严格地遵循法律的正当程序，给双方当事人充足而平等的时间和机会提交和相互对质证据，法官只根据这种对质的结果判断胜负。在制作判决时，我们会详尽地给出法律依据，这里的司法判决经常像一篇说理极其充分的论文。这样，大多数情况下，败诉的当事人会很服气地接受判决结果。当然，也有当事人对判决很愤怒，但是，由于审判的程序无懈可击，他们便很难对判决结果进行指责。

"当然，我应当告诉尊敬的中国同行们，在我们联邦法院的历史上，法院命令的有效性也曾受到过严峻考验。以联邦政府首脑为一方当事人的案件具有典型意义。例如 1974 年的合众国诉尼克松案，当时，最高法院命令现任总统尼克松向一家联邦地方法院提交他与其他人谈话的录音带。尼克松总统曾试图抵制法院命令，但最终还是发现难以违抗，因为虽然提交录音带会导致总统职位不保，但不服从法院命令将会给他带来更为严重的法律后果。另一类考验是当法院作出在某个地方受到普遍抵制的判决时如何执行。例如，在 50 和 60 年代，联邦法院要求消除种族隔离的判决在南方诸州受到白人和州长们的有组织的抵制，专收白人的学校仍对黑人学生说不，联邦法院怎么办？"

颇受执行难之苦的中国法官们对结果非常关注。

“在联邦法院的要求下，总统派出了联邦军队。荷枪实弹的军人进入小石城，赶走围在学校门口的州长和白人，黑人学生昂首阔步地进入校园。”

原载《南方周末》1998 年 1 月 30 日。

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《运送正义的方式》

中国的法院改革与司法独立

——一个参与者的观察与反思

by 贺卫方

伴随着整个社会的改革，中国的法院也开始了规模越来越大的改革。在这种改革进行了二十余年的今天，参与、推动改革的人们似乎多多少少出现了某种无力感。尽管改革措施不断地推出，然而，实际的效果却是不尽如人意。晚近的一期《中国新闻周刊》甚至刊登封面文章，题目居然叫作“中国法官遭遇‘公众信任危机’”。种种迹象表明，中国的司法改革并没有如决策者所希望的那样，成为提升法院与法官公信力进而增强司法独立地位的有效手段，反而在某些方面加剧了已有的弊病，甚至导致新的弊病产生。为什么会出现这样的矛盾情况？作为这些年不断地呼吁并积极参与推进相关改革的一个学者，我想尝试着对目前的困难作出一些分析。

作为整个社会变革一部分的法院改革

古罗马谚语云：“有社会斯有法律”。不过，作为社会规范一部分的法律，也总是与特定社会的历史、结构以及文化传统密切关联的。从清末开始，中国建立西方式的现代型司法制度的时间不过近百年，而她的法律以及社会治理的历史却至少有两千年以上。这样的历史对比不仅仅可以表明现代法院制度在中国不过是一个新生儿，而且也意味着新制度建立的艰难。司法改革不仅仅涉及到法院或司法机构；它涉及到社会调整以及国家治理模式的改变，涉及到社会意识的改变，甚至是人们思想方式的改变。

不妨举个明显的例子。就西方的传统而言，司法独立的正当性几乎是不言而喻的。孟德斯鸠的“权力分立”（separation

of

powers）学说早已家喻户晓，成为社会共识。在制度层面上，在司法与其他权力之间的关系以及司法自身的体制与程序方面也都形成了一系列稳定的保障。然而，在中国，传统的政府模式基本上是反分权的。从来没有独立于行政机构的专门化的司法机构，主持案件审理的官员也毫无法律专业训练，无从对本来就很粗疏的法律条文加以细致而平衡的解释，导致案件的处理几乎呈现出韦伯使用“卡迪司法”（Khadi

justice）一术语去描述的那种状况。

这样，我们既缺乏一个训练有素的法律职业群体，司法程序也不可能是将专业的法律知识运用于纠纷解决的过程。中央动员型的统治传统更加剧了人们对司法独立的陌生感。

在二十世纪中国建立现代国家的过程中，我们模仿西方模式建立了现代政府体制，但是，表层制度的改变容易，但实际运作手段与过程的改变则很难。引进的新制度由于传统力量的影响而变形。就司法制度而言，尽管设置了独立于行政机关的法院，也在宪法上明确地规定了法院的独立性，然而，一方面百年来中国所面临的国际环境与所追求的内政目标难以使包容司法独立的宪政制度付诸实施，更重要的是，那些能够支撑这种独立性的社会意识以及具体知识却没有在更广泛的层面得以确立，法律职业的发育和法律教育的发展命途多舛，终究导致法院独立有其名而无其实。

这种书面制度与实际运作之间的反差也是今天司法改革所面临的大障碍。法院独立首先意味着法院在人事和财政等方面的独立。然而，实际做法却是法院在这些最要害的方面都受控于同一层次的党委和政府。试想，如果财政与法官选任方面法院不能独立，那怎么能够想象法院能够在司法决策上拥有独立的意志？法律条文中许诺了司法独立，诉讼当事人当然有理由期望法院在司法决策时将这种许诺变成现实，然而，由于司法的地方控制，当案件涉及不同地方的当事人时，只能由其中一方当事人所在的法院受理，而该地方法院作出偏向本地当事人的判决几乎成为司法决策的常态。这不能不加剧民众对司法制度的不满和怨恨。解决这个问题的办法可能最重要的是设置不同于行政区划的司法区划，从而将司法权与行政权以及同级立法权完全分割开来，这是司法独立最基本的保障。

与此同时，我们也应当看到，一般大众固然经常是司法屈从外部权力控制的受害者，但是，另一方面，当今中国法律文化和政治文化中也的确弥漫着不利于确立司法独立原则的气氛。政治话语中见惯不怪的“一把手”或“核心”的表述，为“中心工作”服务的惯常思路，从某些知识分子到一般大众对集权政治所能够带来的社会动员力的青睐有加，都会形成对独立司法的抵制因素。不仅如此，近年来随着市场经济正当性以及依法治国的正当性的确立，法院在调整社会生活与社会关系方面正在发挥着愈来愈大的作用，整个社会也理所当然地增强了对司法界的关注。然而，由于司法界革除积弊、适应新需要的努力与社会期望之间的巨大落差，一时间大众传媒中充斥着对法院弊端的揭露，“司法腐败”已经成为街谈巷议的惯常说法。这样的舆论气候所引发的不是对司法独立的追求，而是对这一原则的恐惧和强化监督和控制的呐喊。如此一来，某种恶性循环便不可避免：因为法官素质不高，所以需要的不是独立，而是控制，由于受到控制和不得不屈从外部和内部的干预，因而司法官员本来就很稀薄的尊荣感就愈发丧失殆尽，对于没有了尊严感的人你又如何要求他表现良好？出现更多的错判和劣行将是必然的，于是，人们会说，这么严厉的监督居然还会出问题，难道不应当更加严厉的监督和控制么？

怎样走出这个怪圈？也许我们无从发现某个具有决定性的着力点，在我看来，有关现代司法以及现代政府建构的基本道理的更全面、更深入的传播具有不可替代的重要性。与此同时，法院自身在法官选任、司法权行使方式、法院管理以及司法职业伦理等制度的建设方面更加明确、清晰和有力的改革也是十分重要的。

法官选任制度

与其他方面的改革相比较，法官选任制度在过去的十年间取得的成绩是最突出的，而且法官选任标准的提升也是最容易取得社会共识的领域。在今天，对其他若干方面的改革路向——例如司法权的行使方式以及如何实现司法管理的非行政化等方面——许多人的见解并不一致。但是，就司法官员应当具有高素质的要求这一点上，现在人们并没有多少分歧。这当然具有历史的原因。自 1950 年代以后的四十多年间，中国根本没有对法官的选任提出教育背景上的要求，由此导致司法官员教育水准的普遍低下。

直到 1995 年，全国人大常委会制定和颁布了《中华人民共和国法官法》，该法明确规定，担任法官必须具有大学教育背景。当时的所谓大学，其实是包括两年或三年制的所谓大专文凭的。短短数年之后，感受到社会公众对司法表现的不满和期望的日益加剧，同时越来越多的人意识到，没有高素质的法官队伍，则司法公正不过是一句空话，尤其是法院所审理案件的复杂性也在不断加大，更需要法官具有对复杂的社会事务作出合理判断的能力，于是，全国人大常委会于 2001 年 6 月对法官法作了修改，担任法官者的教育层次由大专提升到本科。依据该法第九条第六款规定，担任法官者必须具备的教育背景是："高等院校法律专业本科毕业或者高等院校非法律专业本科毕业具有法律专业知识，从事法律工作满二年，其中担任高级人民法院、最高人民法院法官，应当从事法律工作满三年；获得法律专业硕士学位、博士学位或者非法律专业硕士学位、博士学位具有法律专业知识，从事法律工作满一年，其中担任高级人民法院、最高人民法院法官，应当从事法律工作满二年。"但法律也为某种情况下的变通留下了空间："适用……规定的学历条件确有困难的地方，经最高人民法院审核确定，在一定期限内，可以将担任法官的学历条件放宽为高等院校法律专业专科毕业。"

不过，最可忧虑的是，这样的变通可能变成常规。或者，表面上看来很美好的法律在现实中根本被束之高阁。1995 年法官法颁行之后在许多地方得不到执行的事实表明这样的担心并非杞人忧天。实际上，直到今天，一些不具备法官法任职资格的人们仍然可以进入法院担任法官甚至院长，由此导致中国法官职业化进程似乎永无尽期。原因在哪里呢？

在这里，我们再一次看到，司法改革不能够局限于司法领域。前面曾说过，在目前的体制下，司法人事任免的权力并没有完全握在法院的手中。地方党政可以因为对法院人事权的掌控而硬性地将某些不符合法官法任职资格的人员塞进法院，与此同时，像转业军人的安置问题更是所谓"政治任务"，不可抵抗。

对法官法以及检察官法修改时所作出的另一项改变可能有助于法官、检察官选任实践的改善，那就是，统一司法考试制度的确立。修改后的法官法、检察官法以及律师法都明确规定，今后所有从事这三种主要司法职业的人员必须首先通过统一的司法考试。如果能够付诸

实施的话，这一改革措施将成为所有进入法院者必须迈过的一道高门槛，从而将不仅提高三种职业的人员素质，更对于中国法律职业共同体的形成、通过司法获得法律统一以及司法权渐次获得真正的独立地位产生积极的影响。

司法权的行使方式

在中国，虽然在一般政治话语中“三权分立”仍然是一个资产阶级货色，然而，伴随着司法改革的深化，司法权与行政权以及立法权之间的差异已经得到了法学界以及法律界的更多的认识和高度的重视。体现这种差异的一个重要方面便是司法权的行使方式与其他两权之间存在着重大的差异。例如，司法权的行使需要以中立的方式行使。为了实现这种中立，在审前程序和审理过程中，法官必须保持应有的消极性，不可过于主动和积极。不仅如此，因为法官要裁判的事务往往涉及双方当事人之间的利益冲突，司法决策必将有一方败诉，即便判决本身的公正性毋庸置疑，但败诉当事人的不满和指责仍属无可厚非的正常情形。法官在司法过程中保持必要的消极将有助于减轻司法所承受的这种压力。

虽然有上述一些观念上的觉醒，民事诉讼立法也有了相当的改进，然而过去半个世纪以来形成的司法行为惯性却仍不时地表现出来。从官方的意识形态上说，司法机关只是完成社会治理的一种工具，它要及时而有力地回应中国共产党的号召，积极主动地完成党所交付的任务。人事与财政体制上造成的法院对地方党政权力的依附使得司法行为的独立难以确立。传统社会主义司法所承担的教育功能也会加剧司法权行使过程中的主动积极地特色。值得注意的是，近年来，另一个因素也加剧了法院冲破应有界限的动力，那就是许多地方法院财政的拮据。一些法院通过为企业提供法律服务而获得经济收益，改善了它们的财政情况。上述种种复杂的因素让我们看出在中国确立消极司法观所面临着的特殊困难。甚至在最高人民法院的机关报《人民法院报》上，我们也经常可以看到一些表扬文章，例如称赞某法院如何服务于社会的综合治理工作，称赞某法院积极投身于“严打斗争”，

称赞某法院热心为当地企业服务，甚至不待起诉，“上门揽案”， 凡此种种，不胜枚举。

从司法与社会之间的关系着眼，目前我们的法院也确实面临着司法行为上的两难：积极主动地参与社会事务，在各个方面显示它的存在和力量，一方面可能有利于赢得政治领导层的赏识，从而改善法院在政治权力结构中的边缘化状况，但另一方面，司法权的主动行使很有可能造成相反的结果；张扬威力适足以丧失尊严。在行为模式上缺乏独立品格，过分对政治权力攀龙附凤可能加剧了依附感和边缘化。两难的另一种选择是，法院以消极中立的方式行使司法权，这样做也可能出现两种可能的效果，或者司法的尊严得以逐渐确立，或者消极中立蜕变为消沉孤立。

法院管理制度

这里的法院管理制度指的是法院内部机构设置及其职权的合理化、法官个人独立地位的保障以及上下级法院之间关系的理顺等，其中关键的问题是法官个人的独立。当然，实际上，

中国的宪法以及法院组织法根本没有规定法官个人的独立,有的只是法院作为一个系统独立于外部的干预。法院内部的管理制度大致上还是一种行政化色彩很浓的模式。值得欣慰的是,法学界以及司法界对法官独立的必要性和重要性已经做了相当多的论证,与此同时,相关诉讼立法也正在发生某些积极的变化。近年来,最高法院又推行了若干朝向这个方向的改革措施,例如在专业庭的设置方面,取消了与民庭并立的经济庭;确立审判长选任制度,以便使素质较高的一部分法官享有更大的独立权;将法官与书记员划分为两个不同的序列,等等。但是,某些显而易见的行政化的体制还没有触及到,最突出的便是沿袭已久的审判委员会制度。

审判委员会制度在过去的司法过程中发挥了应有的作用,但是,其弊病也越来越明显地暴露出来。审委会决定案件违反了司法公开的原则,破坏了回避制度的效果,造成了司法效率的低下。更严重的是,它导致了对法官的控制与法官素质低下之间的恶性循环。人们看到了法官素质不高,因此用审委会对审判结果加以监控,然而监控使得法官权力虚化,内心的失落与当事人及其律师的鄙视将使他更缺少责任心和荣誉感,愈发不思进取,自暴自弃,这样又导致更严厉监控的正当性。

审委会如此,院庭长批案亦复如此。需要改变的还包括法官法所规定的过于繁琐的法官等级制度。这种将法官分作十二个级别的制度强化的是法官之间的等级差异,不利于法官独立意识的养成。要在法官中形成追求公正司法的风气,需要确立责任与荣誉相结合的机制。当责任与荣誉都无法推诿的时候,法官追求正义的热情与智慧便会被激活,我们就可能走上一种良性循环。

结论

如果我们将中国的法院改革放在一个更长的历史时段里观察,可以说这是一项巨大的事业,而且对于这个古老的国家彻底走出"一治一乱"的历史怪圈将具有最强有力的推动。我们很难要求如此巨大的改革能在朝夕之间顺利完成,某些混乱曲折以及推进改革的人们之间相互分歧也是完全正常的。关键在于,中国的社会结构、经济制度、政治制度都在发生着深刻的变化,司法界如何审时度势,通过合理的改革,使法院能够在对社会关系的良好的调整过程中,对政府权力进行理性的限制,对纠纷案件作出公正的判决,对人权加以妥贴的维护,逐渐提升人民对司法权的信任和依赖,这是今天的中国法律人(lawyers)所面临着的大挑战,当然,也是一个大机遇。

(本文章为作者参加浙江大学法学院、浙江大学法理与制度研究所、纽约大学法学院主办的"司法改革国际比较研究"圆桌会议发言稿)

上传时间: 2002/12/3 文章来源:法理与判例网

中国的司法传统及其现代化（讲座记录及回应）

by 贺卫方

中国的司法传统及其现代化
——2002 年 10 月 8 日在复旦大学的讲座记录
贺卫方教授
记录及整理：mondoala（机器猫）

（开场白很有趣，但与主题关联不大，省略之。）

中国司法改革走到今天，有关法律职业化或者称法律专业化，或者法律职业共同体的问题不得不被提出来。最高法院前不久召开队伍建设会议，就提出了法官职业化命题。这一命题特别高于（缺）的力量，高于解释的力量。说明学术界的主张与实务界回应的时间差距缩短了，这在过去往往要花十几年。

要实现法律职业化，必须使其独立于政治控制，独立于道德考量，独立于外部权力干预。遗憾的是，在讲这个问题的时候，我们法院的领导一开始就提出“以三个代表为指针……”，这哪里是职业化？这分明是反职业化思路！导致其原有的意义丧失殆尽！中国有其独特的历史传统，在许多方面与职业化道路相距遥远，认识到现状不是坏事，它可以由此引发我们的思考。社会是一个有机体，有其人为不能改变的轨迹（非完全原话）；文化强调历史传承，强调不同国家的发展道路，脉络，形成的观念形态，对制度的构架有极大的影响。

我早年的研究方向是外国法制史，具体点是欧洲中世纪教会法。学习历史的意义在哪里呢？

1、历史让我们“逃避”现实。“不做无益之事，何遣有涯之生？”最近我有一些朋友信仰了基督教，据称为了寻求一个让人的心灵得到安宁平和的殿堂。在我看来，“科学主义”并非能解决一切问题，对科学的迷信分明也是一种迷信。我们有时需要一些超越科学的终极关怀，这除了宗教还有什么呢？（严重跑题

：）

2、历史研究，特别是个性化的历史研究，可以形成对专制的抗衡力量。专制总倾向于阉割历史，歪曲历史，而粉饰现实。阿根廷著名作家波尔赫斯（对不起不知道确切译名）的小说总是在梦幻和现实间穿梭，他在小说《长城》中认为，任何一个大国的皇帝仅仅为了军事的目的而将自己国家的土地用栅栏圈起来是无法想象的，这跟拿栅栏把自家的花园子围起来不一样。秦始皇自称为始皇帝，以及修筑长城，建阿房宫，焚书坑儒的系列做法目的在于割断历史，创造历史新纪元，希望时间由己开始。乔治 • 沃维尔 1984 年的《老大哥》（？听

不真切）中描述到，如果每个人都说格式化的语言，说简单的话，思想就容易统一，便于政府控制。有一个"真理部"的工作就是根据领导人当前的讲话修改已经出版的报纸。如果历史可以任意修改，历史就变成了平面的，不可考的东西。历史学家的使命就应该是维护史家的良知，真实地记录发生的事实。由此与专制对抗，令专制者产生顾忌。

3、通过分析历史来对今天相关的制度建设所面临的困惑进行解读，许多问题可以通过对历史的解释来对今天产生启发。今天下午在看郭健老师的赠书《帝国缩影——中国古代州县衙门》，发现跟我现在的研究有一定关系。中国今天的制度建设在古代是否已经产生了萌芽？如有，我们应该怎么运用；如果没有，又要到何处去寻求？

（下面终于进入了主题）

法律职业化的问题是如何被提出来的呢？首先，文化大革命构成了当代制度构建的重要背景。（举例搞笑，但省略。）从十一届三中全会以来，或者说改革开放以来，法治建设随着社会开放，外部制度的引进而逐渐深化。中国的法制框架基本上形成了，但我们今天还有一种倾向，就是依赖立法，认为出现了什么不好的事情，就要立法，就可以解决问题。但事实上，我们社会的基本层面现在对法制的评价并不会比二十年前更高，就说明法治社会没有给我们带来更大的好处。法治社会到底是什么？法律面前人人平等实现了吗？公民的权利例如言论自由权，宗教信仰权得到了严格的保护吗？我们的法治建设还存在缺陷，法制的缺陷对经济的发展没有起到良好的推动作用。另一点就是，立法许诺的种种权力没有办法通过司法来实现，法治的缺陷导致法律条文成为胡适先生所称的"任人打扮的少女"。另外，前段时间提出的"以德治国"也很有意思，说明了我们的领导人也在困惑，有一些问题是法治解决不了的，于是就到德治那里去寻求。但是儒家提倡的德治是与先秦法家的法治相对立的，反对严刑苛法，采取理智的观点，选贤任能，像春风化雨般的教育人，所谓"天子之德风，小人之德草。"但是今天的法治与先秦法家的法治是不同的概念，它包含了丰富的道德意蕴。婚姻家庭法规定夫妻双方平等，结婚离婚自由；行政诉讼法则是表明民可告官，在法律意义上百姓与国家，政府是平等的，国家领导人并不在道德上优于百姓。但是今天的社会越来越趋向于利益多元，道德多元，如果仅以少数几个人的道德标准来要求大多数人，这本身就是一种不道德！钱钟书在《教训》一书中提到，上帝用三种东西惩罚人类：战争，瘟疫和道德家。（笑）

建设法治的基本要求是什么呢？现代对法律的德性（morality of

law）有八个基本要求，就是富勒的名单。以此对照，就会发现我们的法治建设相距甚远。

1、政府的行为应严格纳入法律的框架之中。但中国没有自然法的概念，法变成了完全意义上的规范，就像路易十四所说的"朕即国家，朕即法律"。导致政府行为永远符合法律，因为发现不符合就去修改法律，在宪法之上有了更高的权威，这是人治而非法治。

2、法律本身不溯及既往。但是今天我们的政府一遇到棘手的问题，就叫两院搞一个司法解释，扩大原来条文的含义，甚至歪曲其本意，结果就导致法律溯及既往。

3、司法独立。司法独立的前提要求法律知识本身是独立的，运用专业化的法律知识来

解决社会问题。但现实中司法往往难以独立。此外，法官独立应该被强化。可是我们经常听到的考虑两个效果，“既要注重法律效果，又要依据社会效果”明显与之相抵。我们的法院，我们的法律就变成四面通风的墙；变成了不倒翁，一碰就倒！（笑）

4、法律不能要求人们做不能做到的事情，把人变成神。

而我们直到现在还在说一百年前就说过的话，说明中国离法治建设渐行渐远。

事实上，法治社会并不是制定的规则就会自动融入到现实中，现代法治试图将古典的人治理念与法治观念相融合。法治就是法律人之治。（但奇怪的是这里用的英语是 rule

of

law，我有点糊涂了）法律人作为整体对社会进行专业化调控，现代社会用专业人统治。近几年我即追求这两者的融合。法佛法学评论上有一篇文章叫做《A

Nation of

Lawyers》，注意这里法律人用的是复数。美国基本上是法律人建立的国家，美国革命就是法律人领导的革命。律师领导的革命与农民革命是有差别的，他们喜欢建章立制，像五月花号公约就是典型的建国模型雏形。

而要朝着法治与人治融合的方向努力，必须有着良好的体系去构筑专业群体，去促成、建构法治社会。现在我们说的法律共同体是一个区别于以往州县官员、讼师的独特的群体。我们要研究，建构一个全新的学科，职业，必须理解其背后的东西，是什么理念，知识在支持这个职业。profession 这个词来源于拉丁文，像木匠、铁匠等简单技艺就不能称为 profession，需要更高的理念，这是法律职业成长壮大的源头活水。但是中国的文化细胞中天然缺乏这一作为支撑的理念。何况不仅仅是作为人的理念，还有来源于制度的问题。在用专业化的思路建构法院管理制度的过程中，必须理顺各种关系，包括内部人际关系，机构与机构的关系，机构与权力的关系。可是中国法院至今实行“四等十二级”，还沾沾自喜地说我们终于有了一套完全不同于行政体系的制度。殊不知法官本身就是一个反等级的制度！教育界在这方面也有问题，像北大，复旦等就是副部级的学校。可是难道一个教授还不比部长重要吗？也没有听说副教授就要听教授的话。而历史传统也容易形成对想象力的制约。中国传统的官场文化思路和评价逻辑容易对人的人是形成制约，阻碍了包括教育业，法律业等真正职业化的追求。

司法职业者的行为模式与其他职业有很大差别，法官与行政官员的行为模式有相当大的区别。美国最高法院的九位法官见了面有特殊的仪式，他们特别的握手方式说明“我们每个人可能都有自己不同的意见，我们应该相互尊重对方的意愿”。（大意）这是一种职业的天命感和荣誉感。最近郑州市中原区法院搞了一个“先例判决”制度，这是一个基层法院。当然其出发点是好的，让不同时间、不同空间的公民生活在同一个法律制度之下，但是在大陆法系国家，处于法律的统一，先例制度不能够单幅摆戈。就像阎锡山曾经在陕西省内搞火车同轨，但出了山西，轨道就不一样了，出也出不去，进也进不来。而且法律人的职业本能上有保守性，他们是既得利益者，以前学习从事法律的多半是贵族，趋向于用已经存在的规范来

约束现有的行为，这种保守的性格也融入了其司法行为中。后来中原区法院的院长给了我一个电话，争论说“一屋不扫，何以扫天下！”也是有一些道理，我们可以再讨论。（整理者注——对这个问题的讨论前几天在 BBS 上也进行过，有兴趣的同学不妨一阅。）另外我主张剥夺法官的名誉权！法官本身就是公众人物，应该接受大众的评价。像前段时间新疆某篇报纸以“国有资产的流失”为题发表了一篇文章，认为某个案件判决不公，审理该案的法官将发行社告上了法院，最后法官胜诉。云南某县也有一个谭姓庭长告写作《谭庭长的一天》的作者侵权，也是胜诉。法官高法院打官司，无论是输是赢，别人会留下一个法院判决公正的印象吗？

法院应该不告不理，不得上门揽案。《人民法院报》上就曾经报道了湖南省某法院主动揽案的事情，还夸赞“这就是效率，这就是服务！”也有什么法院干警在院长的带领下实行“零点行动”。我们的司法行为缺乏应有的中立和消极，但而变成某种利益的代表了。（此处贺老一字一字背出了报道的原文，满场哄笑。）

法律职业化的另一个体现就是职业伦理。社会分工导致了职业独立性，趋向于严格的管理。波斯纳分析说，职业的分化意味着劳动交换，我们要创造出民众对法律职业，对这种劳动的依赖，法律人运用独特的话语、方式进行劳动，这才有了吃饭的工具。而其背后的制度，知识是法律人安身立命的资本。既然法律人进行的是法律劳动，生产出法律产品，为了控制其质量，必须严格控制数量。只有通过抬高门槛，减少人数，谨慎发执照等办法，实现内部同治化，以此提高社会地位。这种经济学分析的方式促使了我们对自己的制度建设进行反思。我们在这里要使用 judicial

ethics，它与特定的行业有密切关系。ethics 即伦理，表示行业的禁忌，它有内部独特的习俗，独特的惯例，而非简单的职业规范。

当我们在这个层面上来思考法官职业化以后，就发现我们仍然存在巨大的距离。今天的讲座到此为止，在以后的两次讲座中，我将会进一步阐述这个问题。

（以下是提问及回答，看大家的意思，如果真的有必要也可以整理一下。但我纪录的并不多。）

对复旦讲座网友评论回应的回应
贺卫方
2002 年 10 月 09 日

昨天晚上讲座结束之后，我又和几位朋友一起出去喝茶，但心里却在想着日月光华的法学院版。回来后马上上网，看到有那么多的朋友对我的讲座发表了评论，极感欣慰。感谢发明了网络的人，让过去不可能实现的即时交流得以实现。我挑选了十七个问题作些简单的回应（其他一些很有价值的问题或因为需要仔细考虑或因为“众所周知的原因”而没有作答，请原谅）。Highpoo 网友借我大名让我能够在这里发文，谨致谢忱。

贺卫方 2002 年 10 月 9 日于复旦招待所

之一

发信人: bastille (秋香为我，我为秋香), 信区: FDU_Law
标 题:

总体说来贺老的讲座比较适合非法律专业的同学听
发信站: 日月光华

(2002 年 10 月 08 日 21:25:34 星期二), 站内信件

所以我决定下两场讲座不再去占茅坑
还是留在寝室里好好研究贺老的千字文比较好!

发信人: rank (望海潮), 信区: FDU_Law
发信站: 日月光华

(2002 年 10 月 08 日 21:40:40 星期二)

没什么新东西，
今天讲的东西在他的千字文里
都有论述。
虽然有心理准备，
还是

有点不过瘾。
我是不是对他期望值高了？

贺卫方：我追求的境界是专业内外的朋友都可以发生兴趣，但是要达到这样的境界还是很难的。重要的是，讲座与讲课不一样，在有限的时间里能够让听众对某个问题有些了解，激发一些专业的研究愿望，或许目的也就实现了。在这个过程中肯定会有众口难调的问题。一些读过讲座者往常文字的朋友会感到一些言说似曾相识也是很无奈的事情。好在后面有现场交流，回应听众的问题和评论是有可能出新意的。我想是否可以在接下来的两场报告中留出更多的时间作为交流？

之二

发信人: shunny (一条亚菲斯蒂那的鱼), 信区: FDU_Law
标 题:

贺教授人到中年了
发信站: 日月光华 (2002 年 10 月 08 日 21:37:55 星期二)

还没修炼到返朴归真的功力，但是内敛多了。

发信人: mondoala (机器猫), 信区: FDU_Law
发信站: 日月光华

(2002 年 10 月 08 日 22:46:54 星期二)

说实话，这年头敢直接“骂娘”的学者不多了，差不多都御用了。但骂完还让人觉得舒服有趣哄堂大笑嘛，就真的是功力了。呵呵。

贺卫方：多谢表扬。其实倒也不是有意识“内敛”，而是对于中国法治实现途径的考虑较之以前要复杂些了。具体的想法，请参看拙著《具体法治》自序。

之三

发信人: xueqing (小叶子), 信区: FDU_Law
标 题:

听贺老师讲故事
发信站: 日月光华 (2002 年 10 月 08 日 21:40:41 星期二)

今天贺老师讲的太精彩了
让我想起前两年的张震讲鬼故事　　他不是在讲鬼
而是捕捉到最敏感的神经
引起共振

发信人: rank (望海潮), 信区: FDU_Law
发信站: 日月光华

(2002 年 10 月 08 日 21:43:05 星期二)

你觉得他精彩，
是因为你可能没看过他的文章
如果你看了，
就有点没劲头了。

贺卫方：书面表达和口头表达之间还是有些差别吧？

之四

发信人: bizman (biz), 信区: FDU_Law
标 题:

现实批判主义者：贺教授
发信站: 日月光华 (2002 年 10 月 08 日 21:51:17

星期二)，站内信件

以古论今，以外评内
幽默诙谐，地道地道：）

贺卫方：哪里哪里，不敢不敢。希望能够成为你所说的批判现实主义者，可谈何容易啊。

之五

发信人: shunny (一条亚菲斯蒂那的鱼)，信区: FDU_Law
标　题:

不如聘贺老师当复旦法学院院长
发信站: 日月光华 (2002 年 10 月 08 日 22:10:22

星期二)

那样，偶们就有一个 N 人跟北大法学院的苏力叫板了
可是，就是 8 知道 1 领情波？
……

贺卫方：shunny 真会开玩笑，而且是天大的玩笑。当院长多麻烦啊，行为上受约束，说话不自由，无休止地开那些无聊的会，还要背负着全院发展的巨重负担，哪像我现在这般快活。请参看《西游记》孙悟空先生在是否当皇帝问题上发表的深刻见解。

之六

发信人: canada (醉红)，信区: FDU_Law
标　题:

今天的讲座
发信站: 日月光华 (2002 年 10 月 08 日 22:34:53 星期二)

感觉象法律版本的余秋雨的说。
总结了一下，贺喜欢用这样一些词：惨烈，温情，情怀，等等。
批判过的现实好象俺们在 bbs 上也经常批判地

贺卫方：canada 也是哪壶不开提哪壶啊。

之七

发信人: mondoala (机器猫)，信区: FDU_Law
标　题:

来迟了
发信站: 日月光华 (2002 年 10 月 08 日 22:39:26 星期二)

听完讲座才去吃晚饭，回来就发现洪水泛滥了，呵呵。

不过倒是有一个问题想问贺教授，如果您觉得有意思要回答的话，请在下次讲座上回应。

您在讲到 Rule of law means rule of

lawyers 的时候举例说明美国的革命是由律师领导的，在批判郑州中原区法院的“先例判决制度”时则强调“法律人总是趋向于保守的”。我听到这里的时候很困惑，这不是明显的自相矛盾吗？对此我的理解是：要么，对法律人职业共同体做一个明确的定义，对律师、法官、检察官在职共体中的职能地位做一个详细，系统的区分，而不是笼统的提及。事实上，我今天到结束为止没有听到这样一个明确的界定。

或者退而审视之，法律人的保守也好，激进也好，都是为了实现其对社会的责任，时髦一点叫做实现人类终极关怀，简单点说是为了让人们过上更好，更和谐的生活。任何武断的定性，现阶段恐怕不仅仅成为我们追求的美好理想，反而可能引起另一场争论，抑或只能变成为自己辩护的工具。

另外在研究制度改革的过程中，我觉得贺教授还是有必要解决一个改革的终极目标问题，理念性的东西不阐释透彻，缺乏改革的最终追求，人们很难认识到改革的必要性和确定一个正确的方向。这几年苏力老师的研究走向令人费解的程度，可能与他从一开始就没有给出其理论涉及的关键概念，并设定终极目标也有一点关系的。

贺卫方：首先要向你表示衷心的谢意，浪费那么宝贵的时间整理我没有太多价值的讲话。你很敏锐地发现了讲演中的一个说理不周全的地方。实际上，法律人在总体保守的前提下也需要具有变革精神，需要如你所说的为建设更美好和公正的社会而努力和抗争。二十世纪曾经出现过一些以改革精神而闻名的法律人，例如美国的庞德，英国的丹宁。当然，这里还是需要接定法律人的改革特点，通常他们主张的是更温和的改革模式；美国革命是在极其特殊的背景下发生的激烈事件，而且战争一过，法律人的保守性还是明显可以看得出来。另外，法律人的保守性是跟其他行业的人比较而言的。事实上，法律的稳定性与它如何随着社会的发展而变革正是法律学上的基本矛盾之一。

关于终极目标问题，我希望能够在第三次讲座里作些解说。

之八

发信人: goldenwater (金子一般的水^^^^^^^^^王), 信区:

FDU_Law
标　题: Re: 来迟了
发信站: 日月光华

(2002 年 10 月 08 日 23:05:26 星期二)

男人帅是最没有用的，是个男人他就帅

贺卫方：强烈地 RE。再次引《西游记》，八戒岳母（？）劝说女儿嫁给八戒说的话：粗柳簸箕细柳斗，世上谁见男儿丑！

之九

发信人: yunyuwushan (云雨巫山), 信区: FDU_Law
标 题:

贺卫方讲座评论
发信站: 日月光华 (2002 年 10 月 08 日 22:52:54 星期二),

站内信件

对贺老师的口才印象深刻。好象贺老师的口才比三年前更有过之。以前手里还拿张小纸片，现在啥都不拿了，并且还背了许多新闻纪实报道。不过讲贺老师讲法院法官独立，法律的专业呀等等，都是些老调牙的法学类大众知识啦：)

但有两个论点是抓住要害的，最好还需要深化。

小议：第一，在现代化的进程中，法治就是法律人之治。他试图抓住人治与法治的平衡点。但这个平衡点是什么，贺老师好象是没有抓住呢，还是不想深入。

白话：事实上仅仅指出法治从某种意义上来说是法律人之治是远远不够的。甚至很可能走入一个误区。因为人治与法治的关键不是治国方式的不同，不是什么三权分立的特征之类，而恰恰是两者追求的目标不同。人治与法治的联结点因而不是仅仅是法律人之治，而是一种权利之治。正是在权利之一基础上，我们也就会明白美国的大法官们为什么即使不是民选的，为什么他们即使突破先例，甚至创造法律，这个国度仍然被称为法治。

秘密：权利之治，即可以被称为法治，也可以称为人治，看现实需要了。法治问题是一个政治与神学问题。

第二，那么谁来保护权利，在这个意义上才涉及到法律人问题。有人指出，法律帝国里的王诸是法官。法官作为法律人的一种显然是保护权利的最有力者了。然而如果对法律人进行分析，我们可以发现一个可悲的现象，那就是法律人基本上可以分类两种类型（理想型）：一种是法律利益共同体中的法律人。这样的法律人之所以成为法律人是因为有利益可图。因此，在这样的法律人在追求法治现代化的道路上做出大的牺牲是不大可能的。因为如果必要，这类法律人，马上会转成为非法律人。可惜的是，在社会中这类人永远是多数；第二类人才是真正的法律人，用贺卫方的术语说是具有理念的法律人，即“法律理念共同体”中的法律人。我习惯于把这类法律人称为“政治家式的立法者”（法律人中的最高类型），这是具有不

同 EROS 的人。历史上，美国的联邦党人就是这样的人。他们在联邦党人文集中用的笔名就是罗马时代的一个“保民官”，即城邦之守护神。

然而，正如有人指出的，权利的保护最终是在一个共同体中进行的，自由在人们心中死了，守护神有时也难以拯救。于是，我们可以发现那个马基雅维利，一方面在君主论中大谈君主的智慧与勇敢（不择手段），另一方面又在另一本书中大谈三权分立。

随想：第一，每一次听讲座，包括哈贝马斯、德沃金来复旦，都觉得讲座无法深入交流，因此，讲座本身也显得有些大众化，而非专业化。

第二，在讲座中提问者所问不涉及主题，请贺卫方老师不要答，可用“课后交流”为理由。

第三，发现贺老师有几张不同的 FACE。

贺卫方：难得你这么细致的分析，而且所表达的见解是我所十分赞成的。法律人之治所具有的权利基础是值得论证的一个问题。我们可以想象，在人治之下，不大可能发生权利的观念。有了权利意识，就意味着公民角色的诞生，意味着政府与公民之间关系的契约化。至于法律人的两类划分，我觉得稍嫌两极化了。良好的制度涉及也许是亚当斯密式的——法律人提升自身利益的同时，也能最大限度地为社会利益与公正的增长作出贡献。关于这个问题，我想推荐三本书，一是耶鲁法学院院长 Kronman 的著作 The

Lost Lawyers，哈佛法学院 Glendon 的 A Nation under

Lawyer（第一次讲座我曾提及这本书）以及 Luban 的 Lawyer and Justice。

之十

发信人: lovezjw (贫穷贵公子), 信区: FDU_Law
标　题:

我也来说几句~~
发信站: 日月光华 (2002 年 10 月 08 日 23:17:30 星期二)

讲座的时候我就在最前面，所以贺老师刚刚开始的几句话给我造一楞，我的一个回复居然给他看到了。

想不倒怎么多有关贺老师讲座的帖子，今天的这个讲座不及我去年听的精彩（可能是下面掌声太少，那时的情景相信贺老师还记得，跟大牌明星的演唱会一样火暴），举的例子基本上不一样，当然风格是一样的。

记得以前的法理老师说过：学法律一定要充满批判精神。贺老师今天讲座的种种好以及他为了司法精英化所做的切实努力大家有目共睹，我就再挑挑刺：

1。大家有没有注意到贺老师的讲座虽然很精彩，可是只要我们细一琢磨，精彩的背后他的思路左冲右突，没有很好的条理，逻辑性不强。比如讲法律职业化历史是没有一条逻辑主线。

2。有一些结论下的很武断，好象为了追求现场效果而没有充分的理由，比如有关 100 年前慈禧的例子。

3。基本上没有讲一些特别适合法学院学生听的东东，理论性的东西和深层次的东西比较少。当然，一切都在思考之中。我们不能苛求贺先生，就好象周星星说的："我只是一个演员"，贺先生只是一个老师，不可能是一个法学家+演员+演说家+语言学家+历史学家+。追求完美的我们本身就是一种不完美的。

贺卫方：谢谢你，lovezjw，我们应当是第二次会合于讲座现场了。你说得对，我主要的问题是在讲座之前反反复复地考虑怎样开头，想了不下四种开场模式，但是到临上讲台之前仍然没有确定怎样的方式最好，结果可想而知，几种思路纠缠不清，逻辑上自然就不那么顺畅了。其他两点意见我都接受，希望能在后两次略有改进。

之十一

发信人: mondoala (机器猫), 信区: FDU_Law
标　题:

忘了说
发信站: 日月光华 (2002 年 10 月 08 日 23:29:51 星期二)

偶狂记了三个小时笔记，原本打算把它整理出来资源共享，但又担心才疏学浅，误会了贺老的原意，或者在精彩处停笔聆听产生了缺漏。这倒让偶犯难了，不知道那位大虾愿意但此重任，或者我们找几个人合作一把？

贺卫方：我的建议 mondoala 还是不要费心做这件事了。我的《具体法治》和年内将在上海三联书店出版的《运送正义的方式》大致上包含了我要讲的内容。

之十二

发信人: rank (望海潮), 信区: FDU_Law
发信站: 日月光华

(2002 年 10 月 08 日 23:39:28 星期二)

不要人身攻击。
我的演讲，如果我认真准备的话，
不见得比它的差，
只不过他的系原创，
我的是拷贝。

建议你读读他 N 年前的文章，
就会发现他啃老本到了什么程度。
啃老本也就罢了，
还啃得这么津津有味，就有点让人不好意思了。

贺卫方：唉，rank，你让我无地自容了。我想起朋友说过的一句台词，好像出自《大话西游》："长得丑不是你的错，但是跑出来吓唬人就是你的不对了。"我个人对于法治理论的思考在几年前逐渐有些定见，的确变化不大，但是近年来还是在努力不断地加以丰富的。我知道一个人在某个时刻会面临经济学所谓"边际效益递减"的困境。开始的时候大有石破天惊之感，但是久而久之，就会失去新鲜感。这个时候也许一方面推陈出新，另一方面，尽可能少出头露面，深居简出，所谓藏拙云云，当是一种明智的选择。

之十三

发信人: shunny (一条亚菲斯蒂那的鱼), 信区: FDU_Law
标　题:

我的辩解：贺老师没有直面问题
发信站: 日月光华 (2002 年 10 月 08 日 23:55:17

星期二)

一、百年法治史，我们找到路了吗？

面队这个问题，很多学者力图找到答案。

他们（包括贺卫方先生、梁治平先生）翻译、介绍了很多西方的法学理论以及宪政方面的学说和著作。正如梁先生所言，（大意）我们实行宪政如此之艰难，是因为不仅仅宪政制度来自西方，而且其理念也源于西域。我们今天畅谈法治，推行法制建设，关键还在于对西方法律理念的理解和把握，此为法律之精神吧！

我辈后生学子深感先生所做的工作用心良苦，这些学者还包括季卫东先生。（参阅季卫东新著《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》)。

可是我辈不才也陷入了深深的困惑：

1、法治悲观主义。

在这些学说和著作里，无不谈及西方（主要是美国）法治、民主形成的特殊历史渊源、民族文化、宗教心理，乃至国民性（大家直面国民性的问题，鲁迅先生曾经拷问过）。有人说，历史总是惊人地相似，也有人说（马克思），历史不可以创造。我不懂历史，但是我们的历史是游历于现代文明的发展轨迹之外的。

至于文化、宗教，我不想说太多。贻笑大方嘛。大家可以看《超验正义：宪政的宗教之维》、《美国宪法的高级法背景》）。但是，伯尔曼在《法律与革命》中的一句话给我很大的震撼：没有对炼狱的恐惧和对最后审判的希望，西方法律传统就不会存在。

我们的民族呢？我们是一个没有信仰的民族！我们是一个无所畏惧的民族！！我们是一群日益拜金的动物！费穆先生在四十年代拍了一部电影《小城之春》，讲的是一个乡绅（小知识分子）面队旧的打破了，新的没建立起来的迷惘和绝望。我也是。

所以，做为一个初学法律者，我很悲观。

2、法治乐观主义。

这类学者简单地庸俗地以马克思“经济决定政治（上层建筑）”来为社会主义法治国家寻求理论依据，寻求注释。同样，他们也以同样的态度、方法来注释“以德治国”。

余不多说。

3、传统与现代化、现代化与后现代化的双重困境。

我很难说明白什么是现代化与后现代化的困境，那我举一个不太恰当的比方。时下流传一首民谣：《农民看不懂城里人》“俺们刚吃上肉，你们又改吃菜了；俺们刚不用吃苦流汗，你们又桑那蒸汗了；俺们刚能娶上媳妇，你们又流行独身了”。

我们就是想走上现代化的农民，可是，就有人发发评论，说，看那多落后啊！我们刚知道民也可以告官（老百姓可是诚惶诚恐），有人就说，公共人员要限定清楚，他们的权利也要保护；我们刚知道犯罪嫌疑人也是有人权的，又有人问，那被害人的权利如何保护？等等，不一而足。建议看苏力的《送法下乡》《法治及其本土资源》。

二、做一个什么样的知识分子？

贺老师在一篇纪念江平老师的文章里，谈到了江平老师被宣布解除政法大学校长职务时的一次发言，读后让晚生汗颜。

贺先生也谈到了他弃教从商，又上岸执教鞭的经历，但是没有谈到原因。我想知道贺先生是如何看待学者（知识分子）这个角色，它的道德（伦理）评判标准是什么？

季卫东先生曾经公开反对对某学者的不满，也公开发表文章，强调，后现代主义思潮对一个苦心凝聚现代化理念的冲击。那么，学者做学问显然就不是私事了，有一个“良心”的问题。

法律是科学吗？不是。法律学者是把某种观点加以修饰（修辞），然后卖给公众，让大家接受某种思想。这方面我很佩服贺先生，我的一个北大的同学说，先生是走群众路线的。

另外一种人，完全被权力强奸了，那就不说了。一位与贺先生的学术经历很相似的法学

教授，我以前很崇拜他，他的演讲与先生一样的精彩，口才一级棒！

三、结语

偶还想重复，偶只是一个在法学殿堂外徘徊的、怯生生的孩子。想进去看看，又惟恐琼楼玉宇，高处不胜寒。

我理解先生，有的事情，你我皆知，何必点破？

让清醒的人更清醒，让痛苦的人更痛苦。

***一点杂感，欢迎大家骂我。

贺卫方：认真思考的人应当得到的是尊重，而不是漫骂。看得出来，你读了不少书，思考的问题也非常有价值。旅途中无法给你详细的回应，姑且把过去写的一则随感附上，聊做回答。影响中国法治建设的三种理论取向

日前在清华法学院开会，有很多感触。在当下的学术界，可能有三种理论趋向会对中国法治建设产生影响：一种是民族本位或文化本位的论点，认为西方的法治并不能解决我们的问题，因此需要我们发展出一种适合中国人心性和生活的治道与治式。另一种是后现代法学思潮，这种观点认为西方的主流法治不仅不能解决中国的问题，甚至连西方的问题也不能解决。另外一种是诉诸于现行体制的观点，对法学与法治自身的逻辑弃置不顾，希望能通过曲线救国的方式实现中国的法治。

我对这三种趋向都有些不满意。第一种趋向似乎把在法治方面中外之人之间的差别过分夸大，而且似乎在暗示我们古典时代的治道与治式更符合国人。后现代法学理论在中国的传播在我看来是一种时代错误；在一个主流法治尚未建立的地方便倡言结构，出了满足学者标新立异的追求外，对法治建设真正是弊大于利。第三种趋向则度把握不好，很可能会出现法治建设方向上的南辕北辙。

之十四

发信人: bohemian (波希), 信区: FDU_Law
标　题:

我本来想问的几个问题！
发信站: 日月光华 (2002 年 10 月 09 日 00:08:12

星期三)

我本来想问几个问题，但是由于我站在窗外，头都伸不进来，所以也就不问了。以后还应该找更大一点的你看逸夫科技楼报告厅这种大小的就可以嘛，至少保证大家都有的坐的。

问题 1、贺先生这种闲话聊天式的演讲中还是透着一些人文关怀的。但是他要搞法律神

秘主义，要搞法律人的法治。我们都知道德国法一般人是很难解读的，通常只有受过德国法学教育的人才能读懂，这使得法律或多或少成了少数派的工具。按照某些学者的观点（我是赞同这些学者的看法的）知识分子应当关心民众，不能一方面创造了现代文明，其中当然包括法治文明，一方面又剥夺大众平等获得享有解读这种文明的机会，有时候这也被认为是不道德的。除了德国法，法国法就很好么，法国法就通俗易懂，不知道贺教授会怎样看待法国法和法国法下的法治？！

问题 2、贺先生批判了中国最高院的司法解释制度，贺教授从富勒的 8 项主张开始，从法律不应当被溯及即往一点出发，批判了中国的司法解释扩张了立法原义。这个问题我觉得得从两方面来看的，从设立义务责任角度就不能溯及即往，譬如罪行法定原则。但是设立权利应该可以的。否则不知道贺教授应该怎样评论德国高院也进行这样的类似的司法解释，譬如德国高院就在判例中设立过一般人格权制度？！

问题 3、关于中国法学教育体制的问题

，贺教授谈到现在中国法学到处设立教学到处招人的现状，但是不知道贺教授怎样评论中国现有的 4 年法学本科、7 年法律硕士、7 年法学硕士、12 年法学博士这样一个极度复杂混乱的法学教育体制？!这种体制的好处到底在哪里？全世界从英国 4 大律师学院，到德法，即使在美国也没有中国如此混乱的法学教育体系。如果作为一个大陆法系是不是就应该遵从大陆法系的教学体制，大陆法系的这种教学体系和大陆法系本身是不是也有密切关系呢？

问题 4、关于中国司法传统问题，既然贺教授已经看到了由于中国传统的司法观念的某些缺位和缺陷，但是由于历史思维的惯性作用和历史不能从头开始再来一次的客观前提，在现实情况下，不知道贺教授会认为中国现状要进行司法改革的根本是要改革什么？！从哪方面着手进行改革才是会有效用的，而不是在改革了 20 年之后，获得的评价仍然和 20 年前一样，甚至和 100 年前一样？！

哎有时候我的问题真是太多了，人多的不敢问，看来还是要有机会给贺博导私下仍小纸条阿!!

贺卫方：站了三个小时，你辛苦了。四个问题中，第二个我也没想清楚，第三个我赞成你的看法，法律教育目前最严重的弊病就是层次和品种过多、过滥。第四个问题我会在第三次讲座中讨论。第一个问题相当复杂，也许可以用回答第九个问题时的逻辑，法律人维护和提升专业化的努力未必一定不利于行外人；英国法律职业化的历史恰恰表明，只有高度的专业化甚至一定程度的知识垄断，法律人才能够提供最好的法律产品。原谅我大叩小鸣式的回答。

之十五

发信人: axzleon (axzleon), 信区: FDU_Law
标　题:

贺老师演讲准备不够
发信站: 日月光华 (2002 年 10 月 09 日 09:03:57 星期三)

昨天听了贺老师的演讲，刚听下来觉得贺老师讲的很好，很有感染力。但后来一想又觉得没什么收获。我分析了一下其中的原因，主要是贺老师的口才很好、表演技能也不错，但和贺老师的演讲缺乏理论深度，整个演讲的逻辑不够连贯，有点华而不实的嫌疑。望贺老师在以后的两长演讲中能有所改进。

贺卫方：是啊，我会注意的。原因在回答 lovezjw 君时解释过了。谢谢批评。

之十六

发信人: ghostwater (shuigui), 信区: FDU_Law
标　题:

老贺啊,老季啊,老什么的,都他妈的瞎扯蛋
发信站: 日月光华

(2002 年 10 月 09 日 09:52:28 星期三)

偶觉得他们的理论都是那种远不可及的
所提供的思路都是和现实差距颇远的东西

嘿嘿，有人说法院队伍都是退伍军人，这要改革
妈妈的，这个不是废话吗？
连我小学毕业的妈妈都知道这个道理
但是谁去改革？
谁拿把刀子去把这个毒瘤切掉？
谁切掉，我就佩服谁
靠，吹起来，我相信大石头吹得也不比老贺差
但是做起来，老贺就和大石头一样束手无策了！

看理论看高深，谁看老贺老季的东西啊，直接看国外的，多原汁原味啊！

贺卫方：ghostwater 君，我跟你一样来自社会底层，理解你的想法。不过，作为受过高等教育的人，“他妈的扯蛋”这类语词还是不用为好。你说复转军人进法院的做法不合理连小学毕业的令堂大人都知道，这老贺真的不相信呢。因为这无法解释为什么迄今为止这样的做法仍然还大行其道。须知西方法律职业化的历史也不是一帆风顺的，也经历过很艰难的论证的。待我的《运送正义的方式》出版后，你可以看看附录所收入的对小文的批判文字，那些为这种实践作辩护的人们可都不只小学毕业，也都不是傻瓜啊。

之十七

发信人: Asahi (bill), 信区: FDU_Law
标　题: Re:

老贺啊,老季啊,老什么的,都他妈的瞎扯蛋
发信站: 日月光华

(2002 年 10 月 09 日 11:22:34 星期三)

老贺呀，成了民主、宪政的代言人了。

利用学法律的年轻人的法治理想及浪漫主义情绪，到处摇旗呐喊，几乎到了走穴的程度。

其实，冷静的考虑一下，他又对中国的法学研究作过什么贡献呢？法律毕竟是个技术性很强的学科。

老贺去竞选总统比较合适（如果可以的话），或再勇敢点就去搞民运。

目前还是多研究些问题少谈些主义好。

贺卫方：我会转贴一篇我在“法律思想网”上
HREF="http://law-thinker.com/detail.asp?id=520";

TARGET=_blank>回应网友的文字作为对 Asahi 君批评的回应。

附：雅典学园里的回应

呵呵，又见老贺
【沈浪】 2002-10-10 10:43:55

“听”完老贺的回应，有两点感触：一是老贺自称是个钱迷，但是在我的印象中，钱钟书很少会在一篇简短的回复中引用同一个文本，更不会在不同的场合反复引用同一个文本，而老贺，在法学家的头衔之外，似乎已经获得了另一个声誉：《西游记》专家。我在这里指出这个现象，只是想在很微弱的意义上，得出我的一个观察结论。这个结论当然不是说老贺不如钱钟书先生渊博。在这一点上，我相信老贺不会有任何异议。我在这里想说的是，在老贺的气质和思维中，似乎有一种倾向：他对于自己喜爱的东西总是过于津津乐道。由于这个原因，加上勤奋的写作和讲课，他很快使自己的观点得以传播，但是也由此遭遇到了缺乏创新和变化的批评。这种批评，当然也有一定的道理。但是由此也可见出，一个人的气质和思维品质对于其学术风格的影响。所谓得失相依是也。不过，从这种批评中，我们也可以看出老贺在思维和学术上的厚道之处。因为我相信，以他的才智，要他象一般学界人士那样，靠不断翻新的术语和流派来装点和更新自己的观点，并非难事。

第二点感触是，衡量一个人的学术成就的标准，不是他弄出多少个观点，而是他的观点是否深刻或者有原创性。宋禅师宗杲：弄一车兵器，不是杀人手段，我有寸铁，便可杀人。朱子语类卷 8：寸铁可杀人；无杀人手段，则载一车枪刀，逐件弄过，毕竟无益。这些话都是我从钱钟书先生的《七缀集》中摘录下来的，我相信，对于那些认为老贺缺乏变化和创新

的批评来说，这是最好的回应。在此提供给老贺参考。（顺便说一句，钱著比起《西游记》，武器丰富的多了，老贺何以只往有火焰的地方去？）老贺现在经常面对只有寸铁而没有一车枪刀的批评，在回应时似乎也不敢效法前人，直言寸铁可以杀人的道理。这究竟是老贺的谦虚还是心虚？我不知道。如果我是老贺，我倒是愿意静下心来，仔细琢磨一下手中的寸铁。如果真把他练到了小李飞刀的境界，不也是一大成就？我现在读老贺文字时，唯一有兴趣思考的问题就是：老贺现在手中的寸铁，是否已经锋利到足可杀人？老实说，就目前而言，我的结论还不是那么肯定。呵呵。病中戏言，聊博一笑，就此打住。

上传时间： 2002/10/10 文章来源：日月光华、雅典学园

中国法治建设的困境与出路

by 贺卫方

法学专业与我们的生活关联密切，但我们过去不太注意。70 年代时有个瑞士的法学家到中国留学，希望学习法律。但那时我们的法律是绝密专业，意味着要学习必须先查家庭出身，而且必须是苦大仇深，结果当然那位瑞士的法学家遭到了拒绝，于是只好改学哲学了。当时法学院是北京大学倒数第二小的系，那时的法学是很不发达的。而现在我们的法学院已成为屈指可数的文科大系之一。

最早的大学都有三个专业：医学系（解决人的身体出现的问题），神学系（解决精神上的问题），第三个就是法学系。法学专业也是最古老的专业之一。人类最早的大学就设立了法学系。当我们的行为出现问题时，就是由法学来处理。法律主要是制裁人的行为，如果一个人的行为违反了社会公认的良好的准则，如果一个人的行为给别人造成了伤害，这样的行为就必须付出法律的代价。那么法律就成为这个社会越来越重视的学科。

法律与我们每个人都密切相关。也许有人认为只有自己在打官司时才会与法律发生关系，事实上不是这样的。当别人在打官司时法院所设立的准则对你也有影响。我们都知道前一段时间的刘燕文诉北京大学案，被认为是当代司法史上的里程碑式的案件。由于这个案件涉及高校教育的地位，并且是自己的毕业生诉母校，因而非常敏感，引起了各大媒体的关注。海淀区法院判决北大败诉，判决刘燕文可以获得毕业证书，因为根据国家法律的规定，只要在校生的各门功课都及格就可以获得毕业证书，但要获得博士学位证书则必须通过博士论文答辩。法院认为北京大学的做法超越了国家的有关法律，将毕业证书和学位证书二者混同。因而直接判决北京大学授予刘燕文毕业证书，至于学位证书则由论文答辩委员会再行决定其论文是否通过。判决后北京大学提起上诉，要求北京市中级人民法院对案件进行复审，认为一审判决是错误的。这个时候就有一些潜在的因素开始影响这个案件的判决。比如其他学校的领导就很紧张，还有很多人提出大学独立，学术自由的问题。其实对中国大学自治伤害最大

的可能不是法院而是其他的因素。于是这个案件开始向另外的方向发展，据说最高法院也非常愤怒并做出了表示，结果二审法院以已过诉讼时效为理由驳回上诉要求一审法院重新判决。最后海淀区法院只好驳回了刘燕文的案件因为其过了诉讼时效。但这个案件是非常荒唐的，在法院已经受理了案件做出了判决之后又说自己当初是不应当受理的，这是个很糟糕的决定。这个案件说明中国整个的法律制度的建设与我们都有很大的关系，或是直接的或是间接的，法院也正是通过判决来引导我们的行为，这是法院非常重要的一个方面。

中国的法制建设上是伴随着文革结束改革开放开始而开始的，在文革期间以及文革之前我们的社会都不是一个法治的社会，而是崇尚个人领袖魅力，人们迷信于个人魅力的领导力，从而使这个民族获得强大的凝聚力和极大的团结。但可惜毛主席当年并没有把这种魅力用于经济建设而是用来搞运动。在经济建设领域我们采纳了一种计划经济的模式，认为这可以避免资本主义经济的许多弊端，因为他们的经济是以利润为目的的，而我们的经济则是以满足人民需求为目的的。过去很长一段时间里，我们的物质很匮乏，人们都穿一样的衣服，以兰色黑色为主；我们的解放牌汽车也是三十年如一日的没有变化。我们现在不得不承认计划经济是一个失败的模式。过去我们不了解外面的情况，我们知道的只是一种谎言是一种假象。为什么他们不敢告诉我们真相呢？就是因为计划经济的失败和人治的失败使我们不得不更多的通过闭关锁国和通过对人的思想进行控制来维护社会的一种秩序。但这些现在都已成为过去的事情，都已成为过眼烟云，现在我们实行的是一种法治建设，但这条道路不是一帆风顺的。

现在我们提出了以德治国的口号，甚至我在南京还看到了以德拆迁的口号。这反映了我们喜欢用口号来治国的倾向，我们特别喜欢用口号或标语来营造一种气氛表示我们正在干这件事。我们为什么会提出以德治国的口号呢？我想可能是因为依法治国在中国并没有达到想象中的效果，所以又提出了以德治国来解决依法治国所不能解决的问题。但以德治国问题在于道德要诉诸于内心来达成境界的提高，如果要作为国策则还是存在很大危险的。

现在正在进行严打。而我们作为法律人所喜欢的一个口号就是“法律面前人人平等”。过去我们理解这个是以包公的观念理解的，即在一个案件中，不管这两个人的地位尊卑如何都要严格执行法律。但今天我们再来看这个精神时就还有了几点要求，比如在不同的地方在不同的时间的人违反了法律其所应该承担的法律责任是相同的。基于这样的理解我们要问：严打符合法律面前人人平等吗？

法治建设今天出现了危机，出现了一些不太容易解决的问题。之所以存在矛盾和问题是因为我们今天的法律制度并不是我们自己的土特产，不是我们本土化的东西，而是从外面借鉴来的。当然我不是说外面的东西就不好就不能用，只是制度方面对外来东西的接受是很困难的。中国近百年来的法律背离了两千年来法律传统的发展，中国传统的法律是很古典的，比如只有一部法律，基本的治国模式和主流思想就是以德治国。1904 年，中国的政府下定决心要使中国的法律通过西方化而获得改变。当时我们与英国法国打仗，打败后就签定条约，那时很多条约中都有一条规定：中国政府承诺修改自己的法律以与西方相一致，而西方则承诺可以收回领事裁判权，这是当时中国政府最为棘手的问题。一个中国人和外国人发生了冲突，不能由中国的法庭进行审判，而要由会审公廨（由外国人主导的混合法庭）来进行判决。

这就有一个向谁学习的问题。谈到接轨的问题，我们现在也面临加入 WTO 与之接轨的问题，中国人有一点功利主义，最初我们想学英国是因为英国经济强大，此外英国君主立宪

的形式也使人民感兴趣。100 年前人们根本不会想到 100 年后的今天我们能够建立一个共和国，当时最激进的改革者所追求的也还是君主制的国家，于是我们就开始学习英国。但当我们深入了解后才发现英国的法律并不好学，最大的问题在于英国的法律在哪里呢？因为英国实行判例法没有统一的法典，而是一个个法官在案件判决中确立法律的原则，体现法律的精神，这就给我们的学习造成了障碍。后来我们看到法国法官上法庭时都拿着一本小书，封皮上写着四个字《六法全书》，我们觉的这个很好，于是就开始学习。中国 30 年代制定了中华民国民法典，其实 95%以上的内容都是有来历的，不是来源于德国就是来源于瑞士，都是从外国抄来的。我们学习英国所面临的第二个困难在于英国的法律制度精神与我们的相对。英美国家的自由主义传统是非常不同的，法国是张扬的，而英国则是谦恭的，英国的这种传统是通过演进而不是革命获得的，在这个过程中，英国的法院起了很大作用，通过法律体系一步步推展英国人所享有的权利，极大的尊重个人自由，地方自治与自由主义，而这与中国近代三大主义背离，即民族主义，国家统一和经济发展。第三个原因就是由于受到日本的影响。在清朝末年以前中国都是日本的老师，而到了后来中国便开始向日本学习，于是学来了很多法律概念不易理解，比如禁治产人，假释，破产，无罪推定等，大多数词汇都是日本人创造的。所以由于受日本的影响，中国法律未走上英国的道路，而走上了大陆法系的道路。

法治最大的困难在于外来文化与本土环境之间的脱节，由于这种脱节使得这种制度无法在本土得到很好的运做。但我们也注意到，不仅是外来文化在改造着我们，我们也在改造着外来文化。比如，中国戏剧审美传统是一定要分好人和坏人，还追求大团圆，样板戏继承发扬了这种传统，即所谓的“三突出”。莎士比亚的戏剧到了中国舞台上也受到了这种观念的影响，结果《威尼斯商人》经过中国导演的演绎变成了好人坏人非常分明的戏剧。这就反映了虽然莎士比亚的作品改变了中国的艺术观，促使我们产生新的想法，但莎士比亚的戏剧也不可避免的受到了中国文化的影响。

戏剧如此，法律亦是如此。我们引进了许多规则，但到了中国却无法按照西方传统那样去运行。比如人大制定法律，法治建设中最关键的一部分就是制定法律。什么是法治？首先所有的人都要受法律规则的约束，其次法律本身是良好的。其基本含义就是法律要代表民意，为了达到这个效果，就要求议会代表必须由选举产生，而不能有上级来指定，否则其只能代表那些指定他们的人。为了使法律体现不同利益之间的妥协和相互交涉，我们必须允许必要的争论。我们也还曾幸灾乐祸的报道台湾开议会时打起来了，其实打起来的议会远比一致通过的议会要强的多。比如我们以前禁止燃放鞭炮，政府说这对人民有利，但对鞭炮厂的工人有利吗？这就涉及利益的交涉。所以制定这个法律时必须听取双方的意见，应该允许争论，只要经过民主程序的讨论，我们最后服从多数人的意见也是可以的。

我们的全国人大代表至今仍不是人民选举产生的，很多由劳模担任，由地方党的组织部门来决定，那么如何以人民利益为最高代表？我们的人大代表的选任机制有问题。我们很少看到代表之间的争论，却经常听代表们说他们学习了中央文件的精神感到十分振奋，回去后一定要把中央精神传达给地方。这样的机制其实违背了人大制度设计的初衷。而且我们为了限制代表之间的串联，在座位上都有安排，不允许交流。

我曾倡导律师参与政治生活。美国联邦议员中有一半是律师出身，因为其知道如何去代表一定人的利益，当其从律师向议员转变时，其角色转变很容易。同时律师还经过一定的口才的训练，善于言辞，很适合当议员。另外，一些西方国家的行政首脑也是学法律出身的，而我们国家的领导人多是学理工出身的。美国总统有一半以上是律师出身，而我们人大常委

会现在还要请学者给其做讲座，这是个笑话。中国传统政治文化是一个反争论的文化，实际上是反妥协的，于是就有桌下交易，则不确定因素太多，人民无法了解。

法治建设的另一个困境在于法律作为一种专业化的知识还未真正获得一种独立。我们五千年来是一个大一统的国家，喜欢依赖中央动员，喜欢中央发布号令，我们来执行。但其实不同行业逻辑是不同的。我们通常要求法院处于一个消极的地位，不能主动判决，不能主动找证据，庭审过程中应保持中立。但我们的司法不是这样，而是为党的中心工作，而不是保持该项工作的独立性。我们现在有所谓的法院上门揽案以及什么零点行动，这都损害了司法的独立性。如何在司法层面强化知识的引渡，我们应该思考。我们的司法改革存在很大的矛盾就在于我们的知识积累非常不足，司法改革出现了很多混乱以至到了“改革司法改革”的地步。小到司法制度大到整个法律体系，我们都应该研究相关制度背后的知识来推进该种制度的演进。我想大学教育在这方面可以起到很大的作用，能够完成许许多多的使命。“春江水暖鸭先知”，我们把我们的脚放在法律知识的水里，我们每天感受着法律知识，然后又把这种知识传递给社会。另外，通过一代代人的努力，把我们各方面都推进到一个正常的轨道，用我们的知识建构起一个良好的公正的社会秩序。

本文由孤舟提供。

附：
HREF="http://law-thinker.com/detail.asp?id=477";

TARGET=_blank>关于《中国法治建设的困境与出路》一文的讨论

上传时间： 2001/10/8 文章来源：雅典学园

中国司法传统的再解释

by 贺卫方

贴上我去年 9 月在南京大学的一篇演讲。（类似题目也曾在浙大、西南政法大学等地讲过）曾在《南京大学法律评论》2000 年秋季号上发表，在网上还没有发过。请大家指正。

贺卫方 2001-9-30 0:05:12 发表于［雅典学园］

能够到南京大学法学院作一场学术讲座是一件幸事，不过也是一个挑战。贵校在中国的高等教育格局里占据着重要的地位；我听说在科研成果的统计方面，南大的名次一直是名列前茅的。你们也有非常好的法学院，例如，今天的主持人张中秋教授以及在座的前辈学者王

超教授都是学养深厚、见解独到的优秀学者，我有幸与他们二位以及南大法学院另外一些学者有较多的学术与私人交往，并从这种交往中获得很大的教益。今天不是特别正式的讲座，听众里又以研究生居多，所以，我希望是一个双向交流的机会，在简要地谈谈我要讲的内容之后，有更多的时间听取大家的批评和评论。

张中秋教授给我的命题是“司法改革与法理”，这个题目太大，我只想向大家报告一下我近年来对中国传统治理方式及其与今天的司法改革之间关联的一些思考。这些年来，我一直关注和研究时下我国的司法制度和司法改革。中秋教授说我是这方面的名人，这是过誉的说法。当然，我可能是近年来法学界愿意在大众传媒上发表看法的一个人。有时文章写得过于锋芒毕露，不免引起一些争论，所以，一些人便知道法学界有这么一个爱说三道四的人。在思考中国今天的法律制度及其运作中的缺陷的时候，我常常要追问：这些缺陷的根源在哪里？我们该怎样对症下药，对它们加以矫正？我发现，今天的许多问题可能跟我们的历史有密切的关联。不仅如此，要对现实问题加以解决，我们有时还要利用某些传统资源，甚至像林毓生所主张的那样，要实现传统的创造性转化。

大家知道，我们现在制度建设中从总体上来说是学习西方的结果，而且是从不同国家的法律文化中东拼西凑的结果，大体上说来，我们总体上的制度因素是三个方面。第一个方面是欧洲大陆的，以及日文版的欧洲大陆的法律传统；第二个因素是社会主义的，尤其是俄文版的社会主义学说和社会主义制度，我直到今天都很希望有人来做一做这方面的研究，就是我们是怎样借鉴苏俄司法制度的，它们又是如何进入我们的语境中而成为我们制度的一部分，我们是怎样修正的，这是很有意思的问题，说句老实话，直到今天，法院的地位低微，检察院的监督权以及司法权行使方式过程中的所谓的群众路线，这些东西都跟苏联的制度很有关系，对具体审案法官的司法解释权的剥夺都跟苏联的司法制度有很密切的关系；第三个因素就是我们中国的传统，我们中国人做事情所喜欢的方法，我们的政治文化，我们的法律文化，这些东西也许在我们的表层制度上看不到多少，我们的表层制度都是西方化的，但是我们骨子里的运作过程，我们所遵循的一些准则，我们自觉不自觉所采取的一些方法，都还是我们两千年来所一直采取的方法。

因此，所谓传统，正是今天仍然活在我们心中，影响我们的行为却常常不为我们所意识的那些观念和价值。你会发现，这种东西会使我们处于目标定位跟手段定位南辕北辙的一种状态。比如说我们建立人民代表大会制度，我们想建立一个立法机关，它享有最高的权力，以使它对政府有监督的功能，这都是西方设想的制度，但是我们在具体的运作过程中就不太习惯于议会中的争论，在西方议会里，争论是正常的，如果一致通过倒是反常的，可是我们就不喜欢这种激烈的争论，而且不仅仅是领导人不喜欢，老百姓也不见得能够适应这种争论，他们会觉得官员们之间怎么会有那么多的争论，怎么会有那么大的冲突。我们受皇权意识影响，使得我们觉得只能有一个最高的领导人，我们希望这个领导人能够说了算，定了干，希望他很有权力，这种潜在的影响使得我们的议会跟政府之间的关系变成了以西方的模式操作中国的内容，以及用中国的手段操作西方的模式，这是我们今天看到的非常明显的一种状态。即使到基层政府你也可以发现，县长县长就是一县之长，为官一任造福一方，他就觉得我是这个地方的最高长官，我是至高无上的，我在这里可以一手遮天，法院院长很少有人会觉得自己是独立于地方政府的法官，他觉得自己只是一个下属，他只是地方权力格局中的一个棋子，下棋的人把他搬到哪儿就是哪儿，所谓“社会主义一块砖，东西南北任党搬。”集权的传统没有因为我们建立一个分权式的政府而改变，这样带来一个很严重的问题就是，人们发现这个国家的制度总是冲突的、矛盾的，他觉得你是分权的，怎么最后又不分权了？实际上

是不分权的，而制度上为什么又是分权的？我们的代价就是建立了无数的政府机关，各种部委、党的系统、政协、民主党派，这些东西都是西方来的，但是政府体系建立了，政府官员大大增加，最后导致的结果却是它没有实现建立这么复杂的一个分权式政府必须要承担的职责，本来，它应当通过相互制约与平衡来保证权力的不被滥用和决策的合理化，但它没有带来这样的结果。这种大一统的观念，深刻的或者从根本上使得我们引进的这套制度难以起到应有的作用，在某些时候甚至完全失灵。

出于这样的考虑，前段时间我花了一定的精力来考察中国古典的治理制度，反思其中的一些合理地方，还有不合理的地方，以此来观照我们今天制度中不合理因素的来源。我重点地考察州县制度，以前瞿同祖先生就做过这方面的考察。

中国的古典制度形式在全世界是独一无二的，我认为有四个方面的特色，当然这些特色跟我考虑今天的司法改革都有关联。第一个是这种制度的权力形态是集权式而非分权式的，高度单一的权力，每一个政府管理的社会里都只有一个首长，这个首长对整个社会的管理起到全方位的作用，用瞿同祖先生的话来说就是，他既是立法者，同时也是当地的首席行政官，同时他还是法官，还是首席检察官、税务官、警官，所有的职务集于一身。大家也许记得，韦伯曾对我们的传统治理模式表现出浓厚的兴趣，他感到不可思议的是，在一个三四十万人口的社区里只有一个行政长官，而这样的制度在中国却延续了那么长的时间！政府权力的这种单一性，当然给人们一种恐惧，它可能是专横的，恣意的，这种恣意在传统社会里可以说是肯定存在的。在同一级政府里面权力之间制约和制衡不可能存在，像我们今天这样的通过行政诉讼法对政府的制约就不可能出现。但是这样也有一个好处，即人民为支撑这样的政府所付出的就会少多了，县官只有一个，国家只要给他一份报酬就可以了。当然官俸很低是中国的一个弊端，它会加剧官员对百姓的搜刮，例如各种陋规。不过，税收长期以来都很低，这从百姓负担的角度来讲可能是一件好事，因为百姓用于支撑政府的正式负担较轻。

在这种高度单一和集权式的官僚体制下，官员数量的少、政府规模的小，导致政府权力的行使范围受到很大的限制，因此，政府不得不尊重社会的自组织能力。社会秩序本身有它自己的建构，我们古代的政府权力只能到达州县一级。这跟我们今天的制度很不一样。今天，我们的政府机构设置到了乡镇一级，政府紧贴在自然村落的边上。过去一个人要见政府，要走上几十里甚至上百里路，但是，今天却是一抬头就是政府，遍地都是政府官员。日前看一篇报道，禹作敏案件发生后，大邱庄的权力索性被镇政府接管了，整个村庄被政府化了。这种政府权力不断地向社会渗透是现代中国国家与社会关系上最值得注意的一个现象。它对地方自治以及个人权利空间的影响是巨大的。古典社会由于政府设置止于州县，因而政府跟民间有一个缓冲的地带，地方的秩序由士绅或地方精英组成的势力来调整，这样就避免了国家无所不在，所有的事情都有要通过政府的权力来调整的可能性。我想这是一个很重要的特色。

此外，这样的政府模式还有一个好处，就是人民与政府打交道时的交易成本会维持在一个较低的水平上。在每个州县里，只有一个衙门，官员数量太少，所以官府有一种本能，尽可能地让百姓自己处理自己的事务。这样，一般情况下人们不会找衙门来处理他们之间的纠纷。但是一旦诉求这个衙门的时候，由于州县官是这个地方的唯一官员，他就不能推诿。当然责任无可推诿也就意味着荣誉无可推诿，它在管理这个社会的时候也是唯一的荣誉获得者，如果治理得好，皇帝的嘉奖也就只能由一个人来获得，而不可能还有另外的机构或他人来分享，不会是“军功章上有你的一半也有我的一半”。从某种意义上说，这样也能激发州县官很好地行使他们的权力。我们比较现在的情况就很不相同，每个地方都有那么多的政府机构，

每个机构看上去都有权力，但我们的分权没有很好地去划分，造成权力边界不清。而且所有机构的背后还存在着某种超国家权力，使得分权原则的实施愈发困难。最后每个机关都有一定的权力，但每个机构都缺乏一定的排他性管辖权，最后的结果是你中有我，我中有你。现在人大搞个案监督，这就意味着碰到案件除了找法院，还要找人大，各个机关的权力都是交叉的，不是独立的，即便是各机构的内部人员也不见得搞得清楚，更何况是不了解国家机构运行的普通老百姓。这样，里面的人搞不清，外面的人搞不清，月朦胧，鸟朦胧，最后老百姓都变足球了，被踢来踢去，而且还是中国国家队的足球，怎么踢也踢不进门里去。这是一个很大的弊端。

当然，我们今天不可能建立一个一人政府，但是我们能做的是尽量地精简政府机构，把权力划分得更清楚，然后让人民非常清楚地知道，“我”的这个事情就是要在“这里”办的，法院就是要独立审判的，宪法规定，法院独立行使审判权，不受行政部门干预，那么我们就要坚决做到。

古典社会统治的第二个特点是政府官员的选拔特色，这就是科举考试制度。科举制度现在名声不太好，从一九零五年废除后，一直被认为是应当为中国的落后和积弱负责的一种制度，科举考试制度当然有很多的弊端，但是它也有制度设计方面的优点，所有的官员都必须要经过考试才能担任，这说明了中国古典社会在官职分配上并不是依据血缘或者家族等其它的身份因素，而是要依据一定的聪明才智，这是一种强调“劳心者治人，劳力者治于人”的社会，也就是由有知识的人对社会进行统治，这说明统治者在考虑选拔官员的时候首先要考虑被选拔者的智力状况，这比起血缘标准而言来是一种更合理的选拔方式。我们现在所称赞与向往的民主制度，是根据相关人士受人民拥戴的程度差异来分配官职的，它并不考虑血缘、身份，也不考虑是否是知识方面的精英。

由于社会制度的差异，就会有种种不同的制度安排上的差异，科举考试的一个很大的好处就是它是平等的，它是向每个人－－当然，是每一个男人－－开放的，除了妓女和乞丐的孩子没有资格参加科举考试，其他人都可以参加，这样的方式是最有利于让社会上所有的人去竞争的一种方式，这样中国的官僚阶层可以不断地增添新鲜血液，而不是由一个固定的阶级去统治这个社会，就象中世纪的教皇一般都由底层教士来担任，这是罗马教廷的民主因素，因底层教士能够体会下层教徒与人民的疾苦，这样就不至于使得他们成为一个过分封闭和缺乏活力的阶层。我们的社会把官职向每一个人开放，使得社会的流动性增大，一些有活力的因素不断加入，有助于吐故纳新，另一方面，它破坏了中国的阶级结构，使得阶级处于不稳定之中，或许我们根本就没有阶级，我们今天耳熟能详的阶级概念可能是一个虚构的东西。高度的流动性使得经常会有一些底层的人进入高层的统治圈，所以中国古人常常感慨，“人生无常，富贵无常”，“君子之泽，五世而斩”，“旧时王谢堂前燕，飞入寻常百姓家”，贵族制度在我国历史上早早地就被摧毁了，跟科举考试得以兴起的主流意识形态有密切的关系。

各个阶层之间流动性很大，带来的另一个重要后果就是难以产生宪法。流动性导致利益的不稳定，不同阶层之间难以形成持久的紧张关系，这跟西方就很不一样，他们的阶级斗争很激烈，最后谁也斗不过谁，既难以相互吃掉对方，又无法相互融合，所以只好妥协，大家坐下来谈判，就产生了宪法。由此而产生的宪法也就有宪政得以出现的背景，利益的差别使得宪法的含义经常受到争议，在这种争议与解释的过程中，宪法获得了真实的生命。人们注意到，日本在吸收中国文化的时候，并没有接受中国的科举制度，这大概不是一个疏忽或偶然现象，而是很有深谋远虑的。因为日本是一个阶级社会，如果他们引进了科举制度就会破

坏他们的阶级，他们的等级制度是非常森严的，直到今天他们的阶级结构都还是很明显的。

还有，由于官员选拔上的平等，就导致了官民不平等的合法基础得以建立，由于官员在智力“认证”上超过一般的民众，所以他们能够使百姓服气，“治人者”与“治于人者”之间的等级服从关系就顺理成章了。我看过一些古代官员所写的一些书判，文字都很美，这样的东西因为有百姓的服从，所以也就没有执行难的问题，因为它有居高临下的合法性基础。当然以我们的现代眼光来看待这些判决，会觉得它们缺乏法律上的合理性，对这样的制度，我们有时是很难作出一个简单的利弊得失判断。据现在神户大学任教的季卫东博士的看法，日本的法官选拔制度就借鉴了我们的科举制度。一个人要当法官，他必须要能够过五关斩六将，必须要显示他具有人中之龙的那种能力。法官的职业之所以受人尊重，并不仅仅因为他们握有权力，同时也还有他们本身的素质使他们当法官能够服众。这种权威性对于制度的形成和秩序的维系起了很大的作用。在我们今天这个制度下，之所以人们不尊重法官，并不仅仅是因为法律制度本身的原因，而更重要的在于，我们的制度没有能够让优秀的人进入司法体制。

我要谈的古典社会的第三个特点是非专业化知识的统治。科举考试的一个最大弊病就是它使得人文艺术方面的知识统摄了社会的所有领域，只有读过历史以及儒家思想的人才能做官，而且做了官以后还不断地依赖这些知识。韦伯就说中国古代的官员一半是官僚，一半是诗人。在西方，写诗是一件非常专业化的事情，但是在中国，一个官员如果不会写诗，那才是一件让人惊讶的事情。这就是我们科举考试所带来的一个重要的副产品。中国古代官员从小就受经史子集、唐诗宋词的耳濡目染，许多人甚至对这些知识烂熟于胸，然而，对于应试所需之外的其他知识，他们可以说既无兴趣，也不了解。传统中国这样的知识结构会导致整个社会缺乏真正的知识分工，我们中国古代就没有严格意义上的专业的科学家、医学家、天文学家、哲学家等不同分工的知识群体，甚至也没有职业的文学家，虽然每个人都写得几首诗词。而在西方，早在古希腊时代就已经有了知识门类的细致划分。

由于缺乏社会分工，人们所倡扬的道德伦常就很难产生具体的职业伦理道德，尽管也有“盗亦有道”这样的话，但是在社会分工的意义上并没有出现职业伦理，这样导致的结果就是科举考试成功以后的官僚们在处理案件过程中无法成为法律领域的专家。尽管有刑名师爷给他们出谋划策，但是这只是一些辅助性的工作，幕僚们很难有我们今天法律家意义上的专业法律知识，他们不仅仅没有这些专业知识，同时他们还要受到他们的身份的限制，他们是为东家服务的，他们这个行业里的一些准则是反法律的。

另外，在古典官员的知识结构方面，值得我们注意的还有另外一个特色，就是他们决策过程中的非逻辑化，这一点在中国传统中是源远流长的，从先秦时代，我们就排斥逻辑性的思考方式，象邓析、公孙龙这些人都有被认为是扰乱视听、颠倒黑白的害群之马。儒家从道统上排斥他们，道家从本体论上排斥他们，认为你们搞这些东西有什么意义呢？而且这跟中国语言的运用也有关系。你看中国的语言是非常艺术化的，情感化的，很模糊，它表述人的情绪具有极好的表现力，写诗歌很美，写散文也很美，可就是很难作为说理性的文字表述。

这种非逻辑化的思维方式，在司法领域里面就表现为外行知识的统治；外行领导内行也是古已有之。这种非专业知识的统治，还相应地产生了一个后果，就是在具体的案件审理过程中，决定一个案件胜负的，不是理由的充足与否，而往往是力量或势力的强弱。官员在处理案件时不大注重前后左右的统一性，不惜以今日之我非昨日之我，以此地之我非彼地之他，

造成同样的案件在不同的时间、不同的地点得不到类似的对待。于是，人们便想方设法地通过各种手段对司法官员施加影响，我们读从前的公案小说，读《红楼梦》、《水浒传》里描写的官员处理案件的过程，很难看到公正的司法表现，小民献贿，恶霸咆哮，无不对判决结果产生影响。直到今天我们中国人还习惯于到京城来告状，老百姓希望自己的案件上达天听，这意味着在地方上他难以获得正义，所以小民百姓就只能求助于比地方官员能量更大的人来压制地方官，以此产生对他有利的后果。我曾经与两位同行编过一本书，《美国学者论中国法律传统》，其中收有北卡州立大学欧中坦（Jonathan

Ocko）教授的一篇论文，题为"千方百计上京城"，它就是揭示了这样一个道理。这是古典社会司法制度的第三个特点。

第四个特点比较简单，就是非对抗性的司法过程。古典社会是一个没有律师的社会，乡土社会是不需要律师的，我们现在有很多的律师，他们在社会生活中很重要，在民事案件中律师作为当事人的代理人，在刑事案件中，律师能够起到制约国家权力的作用，这样经过各方的对抗，能够使得案件得到公正的处理。我们古典社会没有律师，只有常被贬斥为"讼棍"的讼师。一些小知识分子，利用自己的粗通文墨来包揽词讼，帮助要打官司的人书写诉状，同时还跟官员沟通。有人认为，官员们也很依赖这些讼师，但是这种重要性并没有使他们受到尊重，相反，他们被认为是社会的渣滓，他们在官方的话语中永远是道德品行低下的人，因为老百姓打官司需要依靠他们，这样在经济上就要付出，所以老百姓也不喜欢他们，付出很多，结果不确定，充满了"投资"风险，经常是"赢了猫儿赔了牛"。没有律师职业的结果是，我们在官员和百姓之间形成了非常独特的关系，官家与发生争讼的当事人之间是直线的结构而不是三角形的结构，导致的结果就是官方的力量直接作用于百姓，这种非对抗性的司法模式，妨碍了我们秩序的正常建构，民众之间的纠纷没有产生在合法基础上冲突，而直接演化为官民矛盾。尽管古典社会的制度中有制约地方官的制度安排，但是却没有产生象检察官这样的制度，现代检察制度的所有内容在古代都没能形成，这对我们当代的司法制度都有着深刻的影响。有人说我们今天的司法制度，是一种超职权主义模式，也就是说，在审理案件过程中，法院、检察院所代表的国家权力依然非常强大，一方面民间的力量显得非常弱小，另一方面检察官和法官之间的冲突又被认为是很犯忌的事情，而难以建立真正的官方内部竞争机制。在英美国家能够形成这种健康的竞争机制跟他们的文化多元主义有很大的关系，他们允许甚至倡导一定程度的冲突，一定程度的竞争，而我们的传统文化强调和为贵，讲究统一，比方说日本人也有违宪审查制度，但他们用的很少，几十年来日本人几乎没有用过这个制度，这似乎很奇怪，但它实际上根子还在东方文化之中，这是我讲的中国古典社会的四个制度特点。

今天我们这个社会已经发生了巨大的变化，百年来我们接受了太多西方的政治制度安排，经济的安排，法律制度的安排，包括教育制度都是从西方来的，我们古人没有这样一种构想。尽管我们所引进的这套东西总是被本土的文化所改变，不断地被变得非驴非马，但是它们毕竟进来了，现在没有人会希望我们再回到古典社会的制度中去，所以这些东西改变了我们的生活，改变了我们的制度，这可以说是一个比较明显的过程。

但另一方面，我们也应该看到，我们固有的一些东西还在束缚着我们的手脚，我们埋葬了非专业化的司法模式，可是它们还在坟墓里面统治我们，许多人还认为法官是什么东西，法官不就是什么人都可以做的一种职业吗？法院到今天仍然是外行人最容易进入的领地。有人说中国人很奇怪，到医院去当大夫，大家觉得必须要有专门的训练，到幼儿园去当阿姨也

需要一个幼师毕业的学历，但是中国就是有这么一个机关，什么训练都不需要，就可以进去做，这就是法院，这不是一个单纯的社会主义影响的问题，这是我们两千年来非职业的司法对我们今天行为与制度运作的潜在制约，它使得一种专业司法的社会意识难以树立，由此带来的许多不正常的做法，并且对这类做法人们似乎习以为常，也可以说是习非为是，对倡导司法的专业化的主张反而觉得很怪异。另外，我们又在近代反传统的思想潮流下，又把一些好的东西给反掉了，通过科举制度而形成的民众对政府的服从、尊重反而被反掉了，没有哪个国家的选官制度会象我们今天这样混乱。有时候想想，我们还不如一百年前两百年前的人们的生活状况，因为他们还有一些最基本的制度，可我们现在都没有了。我们建立了一个分权的制度形式，却没有实质的分权，而且我们长期以来批判三权分立，把它当成资产阶级的一个专利，我们没有好好地分析过三权分立的社会学意义，它的分工意义、它的技术性意义，这样带来的一个后果是，我们的分权只有形式而没有实质，成本很大但受益极少。

“以史为鉴，可以知兴替。”从历史的视角观察和分析我们今天体制和制度上的特色，有时可能会给人一种文化或历史决定论的感觉，或者过多的类型研究的色彩。不过，我个人不赞成任何决定论学说，并且，相信大家都看得清楚百年来我们的社会结构、社会心理以及文化的各个方面所发生剧烈而深刻的变化。更重要的是，我们的法律教育以及法律职业化都有了长足的发展，并且这种发展将会对今后的社会走势产生无可估量的影响。这是我们能够对中国法治建设抱乐观态度的重要依据。当然，乐观的前景离不开我们每一个人的知识、智慧以及勤勉的努力。我愿意与各位共勉。谢谢大家。

附网友回应：

【陈永苗】 2001-9-30 12:13:20

有位历史学家说,所有的历史的都是现代史.贺先生文章亦其然.

【一水寒】 2001-9-30 12:37:38

贺卫方老师的分析很透彻，让我明白了不少道理。看来中国的现代化之路还很漫长。愿有更多的像贺卫方老师这样的学者做一个平常人认为学者不应该做的事情。

【陈永苗】 2001-10-2 22:34:41

历史的过程是一个人类记忆的过程，儿这种记忆总会遭际生活在“当下时代”这个人类历史时间中。“历史上只存在一个“现代世界””（奥勒斯坦：《现代世界体系》），所以当我们以记忆的方式追寻古代中国的法律和法律制度的结构和特征时，总是遭际正在进行的法治建设的现阶段的经验、情感和价值判断。这种当下性喻示者不可能“回复事实本身”，因此，中华法系的历史真实是不重要的，重要的是其中与法治可以“视界融合”的“所谓精华”的发掘。

【廖奕】 2001-10-7 19:37:21

中国古典司法，在我看来，谈不上制度特色，因为其立基的初级制度都尚未有效建立。依据新制度主义的分析方法，司法制度建立的前提就是为节约交易成本而生成的经济政治制度的先定。众所周知，古典中国与其说是一个政治国家不如说是一个文化共同体，如果说他有什么制度基础的话，也不过是一些建立在文化体统上的附着物。鉴于此，我认为，不要拿古典中国的所谓司法优点来影射现今体制的鄙陋，直接承认改革理想的近乎不可实现比拐弯引来国粹情结要明智许多。

顺便插一句：所有的历史都是当代史

【道可道】 2001-10-7 20:08:59

克罗奇说：所有的历史的都是现代史。大师语录有明显的逻辑不周，现代改为当代就好多了，更切合大师的原意。当代者，做史者所在之当下时代也。比如《史记》是现代史？只能说是司马迁所处汉朝当代史。

没多大意思只是顺便插一句

推荐

【黄觉】 2001-10-9 0:31:07

贺先生这篇文章，正如贺先生所提倡的，写的理性、平实，不过也正因为如此，不容易引起关注。其实里面的研究思路尤其值得重视，这一分析进路的威力，在本文已经显露无疑。如果我要学习贺先生，我愿意把这篇文章读上 10 次，有些东西还不妨背下来。比如“以西方的模式操作中国的内容，以及用中国的手段操作西方的模式”一段。都这样的文章，很难得到充满激情的快乐。不过对于喜欢理性思考的人来说，你会感到身心被击中的那种厚重、妥帖和穿透力。那种感觉，真是“妙不可言”。

上传时间： 2001/9/30 文章来源：雅典学园

中国司法管理制度的两个问题

by 贺卫方

引言

“依法治国”已经成为目前举国上下的的共识。但是，假如我们不仅仅是在口号意义上使用这个词组，那么，一些重大和更为具体的问题就必须得到我们更为认真的重视和解决。当然，所谓依法究竟依怎样的“法”乃是首先要考虑的问题。其次，使用怎样的机制实现“治”的过程也是一个亟待探讨的课题。前者可以说是古往今来法学理论中的核心问题之一，名家论说，卷帙浩繁，这里不再涉及。后者也是一个涉及范围极其宽广的问题。立法上的切合社会的实际需求，行政体系在执行法律过程中的依法行事和富于效率，公民法治意识的养成和渐次提高，等等，都是题中应有之义。而如何构建一个合理的司法体系，如何使司法管理既富于效率，又有助于实现个案的公平和整个社会正义的实现，则更是其中特别重要的一个方面。

在一个追求法治的社会中，以法院为中心的司法体系之所以重要，首先是因为法院位居纠纷解决体系的中心。受到刑事追诉的公民最终是否构成犯罪以及犯罪者受到怎样的刑事制裁要由法院作出最终的判决，民事纠纷中的相当一部分也是由法院裁断。*2 法院中所发生的各种诉讼活动构成了许多地方法律生活的典型图景。其次，法院以及法官通过具体诉讼的处理，不仅仅将立法适用于这些案件的解决，而且这种适用的过程往往也是一个解释法律的过程。尽管许多国家的法官更倾向于表白他们只是严格地依据立法机关所颁行的法律规则审理案件，但是，越来越多的研究表明，这样的表白不过是一种神话；法律解释的过程与制定具有法律效力的规则的过程之间的界限并不总是十分清晰的。也就是说，法官在为具体案件的当事人宣布实际的法律规则究竟为何－－以司法者之心度立法者之意－－的同时，又程度不同地为今后制定了有效的法律规则。这样的权力使得人们不能不重视那些影响司法权正当行使的各种因素。第三，立法机关在制定法律的过程中，固然有其吸纳民意的机制，但是这毕竟不像法院那样与活生生的社会生活融合在一起。我们可以说，法院乃是国家的官方权力与一般社会大众之间最重要的交汇点之一。在这个位置上，法院不仅可以调整社会关系，而且更容易将社会生活中自然生成的某些规则上升为国家的法律，从而避免或缩小法律与社会之间的断裂或距离。此外，在行政权愈来愈多地受到政党政治的影响，议会的立法活动也较之以往任何时候都深刻地打上了压力集团和党派利益烙印的今天，法院的中立色彩有助于树立一种公正而无所偏私的机构形象。

我国近代型的司法机构是西方影响的产物，并且它的建立距今尚不足一个世纪。在此期间，若干不同的因素影响了我们司法制度的形态和运作。举其荦荦大端，这类因素包括西方的制度模式的传播和国人对这种模式的解读，40 年代起开始在苏区产生影响的苏联社会主义司法观念，这两种同属西方却差别甚大的法律传统之间的冲突和局部融合，以及（可能这是最重要的）我们自己的政治文化传统和“司法”传统对于今天的制度建设潜在而更为深刻的制约。在一个历史悠久、文明发达的国度里，一种新兴的机构能否获得足够的资源支持，除了与这一机构满足社会现实需求的程度相关联外，也与历史传统中是否存在着有利于该机构确立其正当性的因素息息相关。我国传统社会无所谓立法、行政、司法权力之划分，政府解决纠纷、惩罚犯罪的职能不过是其对于整个社会事务进行统治的一部分内容而已。*3 在各个层次的政府中，这种全能型衙门的传统构成了我们建立一种能够行使独立功能的司法体系的过程中所必须面对和克服的最大障碍。在现实生活中，机构之间职能划分的不明确，不同机构行使职权的方式很少差别，依据法律规定应该属于法院管辖的事务，法院却无法受理或拒绝受理，或相反，法院对于自己不该从事的事务却乐于去做甚至乐此不疲。缺乏传统资源支持与司法机构自身扩张其正当性的愿望与行为之间的紧张关系使得我们的司法管理迟迟找不到一个稳定的路向。于是，制度建设便仿佛演出老戏《三叉口》，跌跌撞撞地摸索。

出了问题，便头痛医头，脚痛医脚。对于这种状况的忧虑以及对可能的改革方案的探索构成了本文的主题。

问题之一：法院何以成为法院

在一栋大楼的门口，挂上一块镌刻着某某法院字样的牌子，未必可以真实地表明大楼里的机构就是一所法院。虽然由于传统和制度设计上的不同，各国法院的设置模式、管理方式、职权特征以及社会地位等方面都存在着种种差别，然而，从职能分工或权力分立的角度来看，我们国家在立法机构和行政机构之外再设置司法机构，毕竟可以视为对于那种全能型衙门式政府结构的明确背离。司法权与立法以及行政权的分立不仅仅体现于结构设置方面，更体现在它的职权内容、行为方式以及管理模式等诸方面的明显差异。*4

法院行使职能的最显著的特征是必须有纠纷的存在。也就是说，法院所能处理的只是纠纷。当然，这里的纠纷是在广义上使用的。既包括民事经济纠纷，也包括刑事案件，还包括公民与政府之间的权利争议（其中许多争议在我们这里被归类为行政案件）以及在更高层次上的宪法争议。有纠纷方有司法意味着社会中法院所能够处理事务的有限性，即许多事务不属于它的管辖范围。例如，采取积极的措施实施立法机构所颁行的法律便是行政机构的事务，对于违法犯罪加以侦查和追诉乃是警察与公诉机关的指责，对于社会事务制定普遍的法律规则应属于立法机构以及受立法机构委托制定规则的机构的权力范围。有纠纷方有司法也意味着对于法院制定规则权力的限制，那就是，法院行使这一权力的过程不能脱离对具体案件的审理，否则，超越案件的审理过程而制定一般的法律规则便不免有侵夺立法权之嫌。*5

与上一个特征密切关联的另一个特征，是法院对于纠纷的处理不应该采取主动的方式。立法机构可以积极地推动某些领域立法的发展，行政机构应当主动地行为以完成立法所赋予的使命，但是，法院却只能以消极主义的方式行事。“法院不得对于未向其诉求的事项有所作为。”西方这句古老的法律谚语所揭示的行为特征是与法院作为裁判机构的性质密切关联的。很显然，既然纠纷是法院存在的前提，而纠纷总是意味着两方或多方当事人之间的利益冲突，在当事人自己难以解决的情况下，寻求一个第三方作出权威的判断，从而使纠纷得以解决。*6 这时，这个第三方对于纠纷所作出的裁判能否获得当事人的接受便成为一个关键问题。裁判者自身的素质——年资、声望、经验、知识等——是相当重要的因素，一定的强制力作为威慑也是不可缺少的，但是，要想使司法权得到持久的社会支持，司法机构公正和中立的社会形象却是更为重要的。公正和中立的基本前提之一是裁判者在当事人之间没有利益上的偏向。假如司法者采取主动的行为，试图积极地发现和解决社会中出现的或潜在的纠纷，势必将自己卷入当事人之间利益的冲突之中，难以保持公正的面目。司法权的消极性还体现于司法过程之中。法院只能在当事人诉求的范围内作出裁决；在调查案件事实、对质证人的过程中应当最大限度地发挥当事人及其律师的作用；在民事诉讼过程中，当事人决定中止或撤销案件应当得到法院的许可。*7

法院行使职能的第三个特征是司法过程的公开性。从人类历史的长河来看，公开性并不总是一个与司法制度相伴随的特色，不过，就西方司法制度中世纪以来的发展史而言，基本的演进过程仍然可以说是一个公开化程度愈来愈高的历史。虽然这个过程是与民主政制的发展有一定程度的联系，但是，应当指出的是，司法程序的公开性更多地是司法制度自身的内

在要求。既然是纠纷处理者或仲裁者，富于效率地解决纠纷、平息争议总是首先要追求的一个目标。那些能够使纠纷得到最有效解决的方案，往往并非裁判者自身认为合理者，而是能够令纠纷当事人心悦诚服的方案。要获得这样的效果，司法者就不应通过黑箱作业来确定司法的结果。争议双方把话说在明处，将证据摆在对方的面前，无所偏私的裁判者根据这些双方亲眼目睹、亲耳聆听的证据对于案件作出判决，这种完全公开的程序总是有助于获得一个双方更容易接受的结局。说到底，公开性无非是要创造一种客观性的氛围。埃尔曼指出："当法院详查当事人提交的证据时，除非它展示一种客观性的氛围，它的决定将得不到尊重，而这种尊重对于有效地解决冲突来说是不可或缺的。" *8 现代司法制度的许多程序设计，例如民事诉讼中的证据开示制度，证据在法庭上展示和对质，双方当事人有得到听询的平等权利，法官不得在另一方当事人不在场的情况下与一方当事人接触等等都是公开性原则的延伸。

如果我们以上述三个特征作为法院职能的基本要求，那么，我国的法院在这些方面尚存在着明显的差异。全能型衙门的传统对于我们建立独立司法制度的妨碍不仅体现在法院不能取得独立的地位，行使不受干预的职权，而且也表现在司法权行使过程中的行政化。早在人民共和国建立之初的 1950 年，权威观点便力图强调人民的司法工作与一切从前的司法之间"本质上的不同"："人民的司法机关和反人民的司法机关，无论在任务上、组织制度上、工作方法和作风上，都是迥然不同的。" *9 次年，《人民日报》又发表社论，对于人民法院的作风与职能进行了如下概括：*10

人民法院的审判制度和工作作风，是便利群众、联系群众、依靠群众的，是为人民服务的。它决不单凭诉状、供词于辩论来进行审判，而着重于实地的调查研究，了解案情的全部真相和充分证据，然后才依法判决。因此，它常常根据各种不同案情的需要，而采取必要的就地审判、巡回审判、人民陪审等审判方式；坚决废弃反动与落后的主观武断的审判方式。同时，与一切消极地等待诉讼和单纯惩罚等反动与落后的法院制度相反，我们的人民法院一向重视并采用各种方法，进行关于法纪的宣传教育工作。它不仅教育人民减少犯罪，减少纠纷；而且教育人民积极地参加新社会的建设，人民法院向来把关于司法的宣传教育工作，看作审判制度的一个重要的组成部分。进行法纪宣传教育的结果，将大大地提高广大人民群众的觉悟，使人民群众能够预防犯罪和纠纷的发生，因此也就使司法工作从被动引向主动，从消极引向积极。这样的法院制度只有在新民主主义的社会条件下才能够实现。这也是我们的人民法院在本质上的优越性的所在。

主导舆论所倡导的这种法院职能特色以及行使职权方式的官方定位又在 1952 年全国广泛开展的司法改革运动中被大大强化。"本质上的不同"演为一种流行的思维方式，其必然结果便是，凡是被视为与"旧司法"相关联的制度要素均"去之如脱敝屣"；群众路线、调查研究、积极主动地打击犯罪和处理纠纷以及通过司法权的行使在更广泛的层面上对于人民进行教育和改造，等等，都成为法院基本的工作风格和目标。直到今天，上述原则和实践的正当性仍是确定的和很少受到质疑的。对于当代中国司法制度实际运作稍有体验的人都会对这一点留下深刻的印象。例如，由最高人民法院法院主办的报纸《人民法院报》所表彰的这样的事例：*11

长春市中院组织的第三届春耕生产法律服务月活动近日在长春市两级法院全面展开，审判干部深入农业生产第一线，走访农民，宣传中央农村工作会议精神和有关法律，开展法律咨询，调查摸底，主动收案，调处纠纷，开展公开审判，严惩破坏农村社会治安秩序的犯罪分子，促进了春耕生产，受到了农民和农村干部的欢迎。

除了这类超越司法权限、不以纠纷的存在为行使司法权的前提，从事各种非司法工作的大量事例之外，法院在诉讼的处理过程中，过于主动和积极地行使其权力，是我们司法制度运作的又一个特色。无论是刑事案件，还是民事案件，法院都可以不受诉讼当事人所提出主张的限制作出裁判；如果法院认为当事人所提出的证据不足以证明案件事实，可以主动地对于相关事实开展调查，制作证据；法官与当事人之间的联系几乎缺乏任何形式的约束；法院判决的执行由法院自己而不是由行政机构来进行。更有甚者，法院不待当事人提起，主动要求当事人提起诉讼的事例在近年来的报章上也屡屡出现，而且还是作为正面范例加以表彰的：*12

华容县法院的干警们一贯恪守“案子有了结，服务无止境”的宗旨，不断改进服务方式，在经济审判中既当“包公”，又当“红娘”。……县造纸厂多年来积累的债权涉及 282 家单位，总额达 1500 万元。资金严重短缺，使生产连年滑坡，变成了特困企业。今年初，法院主动上门揽案，抽调精干力量一头扎进该厂。干警们连续奋战 100 多个日日夜夜，找遍了 12 个省市的 200 多个债务人，运用诉讼和非诉讼手段收回债款 462 万元，使这个厂恢复了生机。县委书记听了该厂的汇报后激动地说，“这就是服务，这就是效益。”

回顾我国法院数十年来走过的历程，可以看到，我们的法院（也包括其他行业）总是扮演着这种服务的角色——为不同时期不同的“中心工作”服务。处在具体的社会环境之中，法院司法活动的导向自然不可能不受到特定时代流行价值和舆论气候的影响。但是，从建设法治国家的角度讲，法院毕竟是解决纠纷的主导机构，它也完全应该通过司法活动而成为多元社会中富于影响力的一种机构。所谓影响力，无非是一种能够自主地与其他社会力量进行交涉的能力。交涉能力的增强当然未必可以保证法院积极地追求正义的目标，但缺乏这种能力的司法体系却注定无法得到充分的支持资源，无法有效地调整社会关系，也难以通过司法和法律解释而发展法律和法学。即便是目标定位很好，也只能是力不从心了。

在我国，由于近代型的司法制度创立未久，司法人员的职业化程度相当低，与职业化相关联的职业意识、行业规范、伦理准则以及行为方式均没有配套成型，在这种情况下，司法界无从以组织化的力量，依据司法职业的行为准则，通过行业本身应有的运作方式，富于成效地开展自己的活动。人们往往强调现代型社会中分工的重要性，但是，社会分工并不只是把人们分类划群，派作不同的活计；更高层次的社会分工在分别职业的同时也分别职业意识和行业准则，分别行为方式。由于这样的社会分工观念在我们这里没有确立，当社会结构发生变动，各行各业都在为自身的地位和利益而争夺有限资源的时候，混乱便不可避免了。我们看到，至少在最近的十多年间，我国法院积极司法的行为有了一种与以往不同的动因，那就是力求通过扩大管辖事务的范围，以主动积极的活动方式，从而力争自身地位的提高和利益的最大化。司法经费由各级地方人民代表大会确定、由同级政府机构的财政部门拨给的做法更是雪上加霜，所谓“创收”即在政府拨款之外开拓财源，以弥补常规拨款的缺口，解决法院人员的福利，成为各级法院院长副院长们最感头痛的难题。*13

从更大的范围观察，近代以来的中国，由于身旁总有“列强”的反衬，富国强兵不可避免地被举国上下作为一个追求目标，于是便愈来愈成为一种中央动员型社会。在一定的社会条件下，靠中央权力动员各种资源实现富强不失为一种捷径，不过，人们在强调中央动员的效率和优势的时候，往往忽视了它对于社会自组织能力的抑制，政治权力与道德权力相结合所可能导致的公民自由空间的失却，以及社会应有的分工在这种动员的过程中所受到的损害。

此外，由于缺乏不同利益之间的程序性交涉，有助于减少经济与社会生活中不确定性因素的各种制度终于不容易形成。所有这些，对于市场经济的开展无疑是是不利的。

因此，我们今天所主张的法院履行职能的非行政化，用意便不仅仅在于法院或法官行为方式的改变，而实在是希望在建设社会主义市场经济的过程中，司法体系能够承担更为重大的变革社会秩序的使命。当然，法院的行为方式实际上便是法官的行为方式，我们有必要进人法院内部，探索影响法官行为的管理制度的建构问题。

问题之二：法官的官僚化或非官僚化

观察我们法院的内部管理，同样可以发现相关的制度以及这种制度运作所造成的后果使得法院的管理与行政机构之间不存在实质性的区别。这主要体现在两个方面，一是法官选任和管理上的非精英化，一是整个管理体制上的官僚化。*14 前一方面，我们可以举出在相对长的时期里法官选任根本不存在教育背景上的要求、法官待遇上的完全公务员化、法官数量“韩信点兵”般的膨胀、司法行为的大众化、司法机构与其所在社区之间缺乏隔离等情况作为例证。*15 而第二个方面，我们观察到的现象主要体现为以下三个特征：

第一，司法决策过程中的集体决策制。在特定的社会中，法院采取怎样的方式作出它们的决策，实际上与行政机构甚至立法机构一样，都跟社会的政治文化传统密切相关。正是这种传统使得某种决策方式具有了“合法性”。*16 人们通常并不总是依据一项规则的实体合理性和正当性来评价该规则或决定是否履行该规则所赋予的义务；规则或决策是否是依据社会中主流意见认为是正当的方式而制定是一个事关其命运的因素。我国法院的司法判决虽然在大多数情况下都在参与审判的法官具名的前提下加盖法院印章，但是，在确定判决结果的过程中，集体审议和整个机构负责的实践却得到了更多的倡导。从第一审级开始，法庭通常是由三位法官（或一名法官，两名人民陪审员）组成合议庭而进行审判活动。*17 合议庭组成人员在审理过程中以及就判决结果的协商、协调、妥协是十分必要的事情。这不仅是因为判决结果总是由法院的名义发布，也因为如果合议庭组成人员意见不统一的，相关案件照例要提交到法院的审判委员会加以审议，并由审判委员会作出最终的决定。*18

审判委员会的设置和运作是集体决策制的一个更为突出的内容。长期以来，这个通常由法院的院长、副院长、某些庭长以及资深法官组成的机构在我国的司法实践中扮演了极为重要的角色。*19 从司法决策的角度看，审判委员会无疑是各法院中的最高权力机构。依据有关法律的规定，法院所处理的重要案件大多要经过该委员会讨论决定。甚至，某些案件，审判委员会的讨论和决定发生在合议庭开庭审判之前。*20 虽然近年来，随着审判方式改革的深化，审判委员会的设置受到愈来愈多的诟病，但是，已经出现的批评大多是针对审判委员会对案件的决定与实际审理过程的脱节，也就是通常人们所说的“审者不判，判者不审”的弊病。这当然是十分切中要害的。当事人所能够见到的并且争讼于其面前的法官并不握有决策权，而能够决定案件最终结果的人们却大多不参与审理，隐藏在帷幕的背后，无论如何，这是对于我国法律所规定的公开审判原则的公然违反。不过，这样的体制之所以能在我国形成并长期维持，自有其可以理解的原因。如果整个司法体系所倡导的是集体决策的模式，如果整个社会对于个人化的决策方式满腹狐疑，那么，即使是法律条文倡导合议庭和主审法官独立地作出裁判，实际效果却只能是法律与事实各归各；任何风险都由“集体”承担当然是

一种再明智不过的选择了。*21

司法管理官僚化的第二个表现形式是法官之间的等级制度。我们的审判独立，大致上只是指整个法院系统独立于外部权力和力量的干预，而很少论及法官在法院内部的独立。*22 我们的实践是将每一个法官都纳入一种等级化的体系之中，普通法官要接受庭长副庭长的领导，庭长副庭长要接受院长副院长的领导。官阶的设计也完全引入了行政体系内部所使用的等级模式。例如，省高级法院的院长属副省级官员，副院长有厅局级和副厅局级的不同定级，各庭庭长属处级，副庭长则为副处级。最高人民法院的法官有局级审判员、处级审判员等分别。*23 法官的这种级别不仅意味着所谓政治待遇的差别，而且也显示出一种等级服从的位阶和责任的分布，甚至有时被解释为可以表示着法官素质的高下。*24 行政等级式的内部管理机制使得我们完全想象不到在这个世界上还有另外一种全然不同的法官管理方式。在那里，每个法官都是独立的，他不受任何人的领导，只是对自己对于法律条文的意义和正义准则的理解负责。法官之间不存在上下级的分别，院长也好，庭长也好，他们只行使一种纯粹行政性的职能；他们是所谓“平等者中平等的一员”（oneamongtheequals）。*25 法官之间的平等不仅表现在特定法院的内部，不同级别法院的法官之间也是平等的。虽然由于审级的原因，上级法院的法官可以改变下级法院的判决（仍须严格地依据法律的规定），但是，这只能理解为分工上的一种差异，并不意味着审理上诉的法官地位高于一审法院的法官，也不意味着不同法院法官在选任标准以及相关待遇上的较大差异。*26

在法官之间建立等级制度便利了对于法院活动的控制和管理，然而，这种控制和管理却完全是行政化的，是违反司法职业以及司法决策的内在要求的。与行政机关或者军队的情况不同，法官的活动带有浓重的个人化色彩。法官行使职权的场所便是法庭，作出决策——不只是最后的判决，也包括诉讼过程中对于一些需要确定的事项的决策——的场所也是由他与各方当事人共同组成的法庭。在随时需要作出判断的情况下，法官如果不能够独立地决定相关事项，势必降低司法活动的效率。不仅如此，司法是一种讲求亲历性的活动，对当事人言词的判断，对证人所作证词可信性的判断，都离不开判断者对于被判断者的近距离观察。*27 现代诉讼程序的言词原则和直接原则都是诉讼活动的这种内在要求而确定的。但是，法官等级制度却不利于亲自审理案件的法官作出独立的判断，因为它强化了行政位阶高的法官对其“下属”法官的影响力。与之相适应，低位阶法官对于其“上司”法官的依赖和顺从也是顺理成章的。这样的管理模式势必加大司法判决的不确定性，并且为不正当权力干预司法活动提供便利。

与法官之间等级制度的设置相关联——或者说相适应——的另一个特征，是上下级法院法院关系的行政化。这是司法管理官僚化的第三个表现形式。近代型法院之所以有不同审级的设计，即除了初审以外，又设置了上诉审级，是为纠纷的解决提供一个纠误渠道。我们常说的“两审终审制”意味着当事人对于初审法官的判决不服，可以在法律规定的期限内，循着上诉路向，诉诸另一个法院，对于初审法院的判决提出质疑。后一个法院对初审判决进行复审，通常这种复审的重点在于初审法院是否违反了法定程序以及判决中对于法律的解释和适用是否存在错误。如果上诉法院认为原审判决存在问题，有权改变判决，或发回原审法院重审；如经审查，上诉法院认为初审法院判决并无不当，则原审判决就成为具有法律效力的文件，当事人必须加以履行。上诉法院有权改变初审法院判决结果的事实并不表明前者与后者之间存在着行政意义上的上下级关系。也就是说，上下级法院之间不存在着领导和被领导、监督和被监督的关系。因为，如果二者之间的关系变成了行政性的隶属关系，那么它们在意志和行为方面就应当保持一致，上级法院便应当对于下级法院作出的决定负责。这样，下级

法院的法官在作出决策之前便应当向上级法院提出请示，并严格地遵循上级法院的指示处理案件。果真如此，上诉制度还有什么意义可言？因此，在一些法治国家中，上诉法院以及最高法院都十分注重严格地维护下级法院的自主权。

应当说，我国的司法制度设计在框架上接受了上下级法院之间关系不同于上下级行政机构或检察机关之间关系的观念。例如法律所确定的上下级法院之间关系便与上下级检察院不同。宪法第 132 条规定："最高人民检察院领导地方各级人民检察院和专门人民检察院的工作，上级人民检察院领导下级人民检察院的工作。"而同法第 127 条涉及法院的规定则是"最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作，上级人民法院监督下级人民法院的审判工作。"*28 不过，框架结构是一回事，实际运作又是另一回事。虽然法律条文存在差异，但是，这里的"监督"究竟含义如何却是一个不容易确定的问题。在一些地方和某些事务方面，监督与领导之间的边界十分模糊。例如，近年来的一个十分突出的问题，即下级法院就某些具体案件的处理向上级法院请示，便是说明这种模糊的典型例子。法院对于应当由自己作出判决的案件，不是独立地裁判，而是向上级法院请示，要求上级法院给出有关判决结果的指导意见。这种所谓请示制度被主流观点视为"非程序性的审判工作监督"的一个重要内容。请示制度之外，上级法院更可以因为下级法院正在审理的案件具有"重大影响"而主动地对下级法院加以"指导"。一位高级司法官员这样解释监督和指导的合理性：*29

……在多数情况下，下级法院对自己感到难办的案件，请示上级法院予以指导，上级法院发现下级法院在审理中的案件有重大影响而主动加以指导，这是有利于正确贯彻执行法律，把错案的可能性纠正在最初阶段。这样可以减少整体诉讼投入，增加诉讼效益。但上级法院要把下级法院个案审理中工作监督搞好，则应十分注意忠实地履行法律职责。上级法院与下级法院从法律关系看，是监督与被监督的关系，对下级法院个案审判活动中可能发生的错误，不及时加强指导，让其错判发生，造成诉讼伤害，这是上级法院失职的表现。

这里的用心当然是十分合理和良好的。但是，问题在于，其中充斥着的个别化因素足以使整个制度发生扭曲，使上下级法院各自独立地行使审判权的规定形同具文。什么是下级法院"感到难办的案件"，什么是上级法院认为"有重大影响"的案件，法律条文以及法解释学方面并没有严格而稳定的界定，实践中自然成为一个由随意的判断加以确定的事项。从司法认知的角度说，所有诉诸司法解决的案件都是"难办"的，否则，当事人早就自行解决了。而"重大影响"更是一个含义模糊的概念，判断者的立场、角度、利益关涉程度等因素都会影响到"影响"重大与否的感受。如此这般，"非程序性的审判工作监督"很容易蜕变为"反程序性的审判工作监督"。另外，一个法院对于案件的管辖，或者说法院对于案件的独立判断权限，是以有关法律对于不同级别法院的不同管辖权的规定为标准，而不能以难办与否或有关法院判断下的影响大小作为标准的。依据我国法院组织法的规定，基层和中级两个层次的法院在"认为案情重大应当由上级人民法院审判的时候，可以请求移送上级人民法院审判"。*30 下级法院认为案情重大，不是移送上级法院，而是采取请示上级法院的方法，实际上是与法院组织法的立法精神相悖的。这种做法违反了不同级别法院各自独立审判的原则，同时也是对当事人通过上诉而质疑初审法院判决的权利的侵犯。法院在其管理过程中违反法律规定，违反正当程序，即使是可以在某些个案中实现实质的公平，但是，整个司法制度却要为此付出极大的代价。当然，从本文所论述主题的角度说，它使得上下级法院之间的关系行政化和官僚化了。

四、结语

行文至此，自己深切地感受到，我国在建立一种合理的司法制度乃至整个法律制度方面面临着十分特殊的困难。这种困难不完全在于从立法上确立一整套所谓“现代型”的体制，而且更在于附着于大体制之中的具体甚至显得相当细琐的小制度是否也能够得到确立，在于操作这种大体制与小制度的人们的观念是否适应体制与制度的要求。本世纪以来，我们在体制构建方面一直是不落人后的，由于某种理想主义指导思想的作用，体制中还存在着一定程度的超越人性的倾向，但是，抽象的大体制经不住与之相悖离的具体小制度的掣肘和抵销，加之一些配套观念未能确立，于是出现了种种实际效果上的缺陷，造成了设计者的美好构想不能够兑现于制度运作的实际，久而久之，人们便不可避免对法律制度有效地调整社会生活的可能性发生怀疑，甚至对法治或依法治国本身的信念发生动摇。近年来，我们的司法领域出现的种种问题，例如法院在司法过程中严重的地方保护主义，大面积发生的法院判决执行难的现象，司法机构社会公信度的下降，等等，都与我们在制度建设方面的上述偏差密切相关。

当然，我们的偏差也许还表现在另一个相反的倾向，那就是不假批判、生吞活剥地搬用了一些在外国行之有效但却并不适合中国社会实际情况的体制和制度。近年来，法学界已经有一些学者主张并开始从这个路向思考和研究中国的法律秩序问题。*31 今天，我们自然应当注重如何有效地利用我们的本土资源，研究中国的民情，中国人的正义准则，中国人的秩序期待，中国人的生活方式，为什么特别重视关系，什么时候感到没了面子，“多一事不如少一事”，“好汉不吃眼前亏”……凡此种种，都是在设计能够公正而有效地调整我们这个社会中各种关系的司法制度时所必须加以研究的。有关西方司法制度的知识无疑是我们的一份财富，因为它为我们从事制度建设提供了一个很好的参照，甚至为某些问题提供了可资借鉴的解决方案。但是，用之不当，财富也有可能变成负担；窗口在打开视野的同时也局限了视野。临壁的霓虹灯也可能令我们为之目眩，有时不免忽略了自家那不乏诗意的烛光。

不过，我自己宁愿把注重利用本土资源视为一种学术上研究真实问题的立场和追求，而不是对于“外来资源”的排拒。同时，我对于轻言国外相关制度与观念不符合中国情况的做法也颇不以为然。百年来我们用于认真的制度建设的时间毕竟太短，而文化的融合需要的却是非功利心态的努力，需要对于不同社会和外来知识两方面不抱偏见的仔细研究，需要更长的时间。在看到外来制度不符合中国情况的一面的同时，我们还应当看到其中有相当符合我们“国情”的一面；在看到一些现代制度确立不了，运作不好因而带来法律秩序的某种混乱的同时，我们还应当看到某些制度在解决中国社会所存在的传统问题时所取得的成效。夸大关于法律秩序的知识的“地方性”特征不免使我们的心态走向封闭，而且不自觉地把某些西方学者关于法律是一种“地方性的知识”的论断给普适化了。最重要的，我们的社会结构毕竟在发生着深刻的变化，我们制度的价值导向已经无可挽回地朝向了法治和民主政治。法治和民主政治本身并不是一些僵硬的目标，而是改变那些明显不合理的现实的努力过程。在越来越多的人不满意烛光的幽暗的时候，我们不妨也引进霓虹灯，并歌颂霓虹灯所特有的诗意。

回到司法管理制度的改革问题上来，我们当然意识到中国的制度变革面临着若干两难选择。除了上面述及的外来知识与本土资源之间的冲突之外，我们还面临着这样一些矛盾：司法界的精英化可能使法官素质提高的同时使大众愈发疏离法院；司法管理的非集中化，或司

法决策的非集体化可能更符合司法独立的理念，然而也难说不会引发司法制度的整体性失控，或者加剧司法界已经相当严重的地方保护主义；法院专注于司法事务，法官只在法院之内活动，固然可以使法官们远离尘嚣，同时也可能令他们更加远离权力的中心……。但是，我们也要看到，许多司法人员对于某些不合理、不利于公正司法的现行制度和做法已经感到不满，近年来各地法院近乎自发地推出的一些改革措施，诸如“一步到庭制”、“立审分立制”、“错案追究制”、“双向优化组合”、“试岗制”、“法院院长异地任官制”等等，尽管其中某些举措系借用了行政机构或者企业管理的措施，与司法管理的要求或许不符，但是，此伏彼起的这些改革措施毕竟反映了人们，尤其是法院里的人们对于现行管理制度存在的缺陷的不满和变革的愿望，同时也为更高层面的改革提供了难得的契机。另外，我们也不妨说，更为法学者提供了发挥作用的一个适当领域。

注　释

*　本文是我对于中国司法制度制度及其改革这一课题所作研究的一部分。这项研究得到若干机构和个人的帮助。美国人文学会理事会（American

Council of Learned

Societies）以及美中学术交流委员会（Committee on Scholarly

Communication with China）和哈佛法学院（Harvard Law

School）的资助便利了我搜集资料、观察不同的司法制度运作以及与美国法律界人士的交流。安守廉（William

P. Alford）教授、张乐伦（Phyllis

L.Chang）女士、张志铭先生以及朱苏力先生给予了热情的关心和资料上的帮助。其中，张志铭先生阅读了初稿，并提出了修改意见。在此一并致谢。

1　也许有必要在文章开始的时候界定一下“司法管理”的含义，在我国的法律文献中，这似乎并不是一个经常使用的词汇。根据一位美国学者的界定，所谓司法管理（judicialadministration）主要涉及两个广泛的领域，一是法院组织和人事的管理，一是诉讼的运行管理。“法院管理包括若干具体的事项，诸如法院的组织和管辖；法官的选任和任期以及法院中所有其他工作人员的聘用、训练和监督；以及例行文秘事务。诉讼的运行管理通常涉及案件处理的进程和花费以及建立法院运作的统一规则以减少案件处理过程中的混乱和不均衡。”见 Henry

R. Glick, Courts, Politics, and Justice,

McGraw-Hill

BookCompany,1983,第 48-49 页。本文大体上是在这个意义上使用“司法管理”一词，只是把讨论的的范围基本限定在法院的组织以及运作方式方面。其他一些问题，诸如法官的

选任与任期、案件管理、司法财政以及对于司法界的监督等等，实际上是同样重要和亟待探讨的。我在“通过司法实现社会正义——对中国法官现状的一个透视”一文中，对于其中的若干问题进行过较为详细的讨论。该文载夏勇（主编），《权利的时代》，中国政法大学出版社 1995 年版，第 209-284 页。

2 本世纪以来，在一些西方国家发展出了若干种法庭之外解决纠纷的正规制度，如刑事案件中大量使用的“辩诉交易”等等。不过，这些制度的出现和保持也离不开作为背景的法院诉讼的存在——尽管是以成本高、效率低的面目而存在的。

3 清末筹备立宪时期，对于外国情形有所了解的大臣们对于这种三类职能浑然不分的状况多有指责，例如，“御史吴钫奏厘定外省官制请将行政司法严定区别折”，载故宫博物院明清档案部（编），《清末筹备立宪档案史料》，中华书局 1979 年版，第 821-824 页。

4 对于近代型法院职权特征的讨论，参看 Sir W. Ivor Jennings， The

Law and theConstitution， 5th ed., The University

of London Press, 1952，第 241-246 页。更为晚近的论述，可参看 C.

Neal Tate and Torbjorn Vallinder (eds.), The

Global Expansion of Judicial Powers,New York

University Press,1995.

5 从比较法的角度对于法官立法权及其限制的讨论，见 Mauro Cappelletti,

The JudicialProcess in Comparative Perspective,

Clarendon Press,

Oxford,1989。对于我国当前司法解释“不针对具体个案的抽象解释”的分析和批评，参看张志铭，“关于中国法律解释体制的思考”，《中国社会科学》1997 年第 2 期，第 100-117 页。

6 不消说，这里所谓终局性解决只是在法律程序意义上说的；纠纷在法律上获得解决并不必然意味着冲突在实际上获得解决。参看 M.

A. Eisenberg, The Nature of the Common

Law,Harvard UniversityPress, 1988, ch. 2, note 1

(at pp.

163-164)；谷口安平，《程序的正义与诉讼》，王亚新、刘荣军译，中国政法大学出版社1996 年版，第 48 页。

7　在对抗制模式之下，法官行使职权的消极特征及其制度起因，参看拙文"对抗制与中国法官"，《法学研究》1995 年第 4 期，第 85 页。

8　埃尔曼，《比较法律文化》，贺卫方、高鸿钧译，三联书店 1990 年，第 162 页。

9　《系统地建立人民司法制度》，《人民日报》社论，1950 年 8 月 26 日。

10　1951 年 6 月 5 日社论，题："加强与巩固人民革命的法治"。值得注意的是，这里对于法院不受诉状、供词以及辩论的限制进行判决以及法院教育功能的强调与苏联等前社会主义国家相关法律的规定如出一辙。《苏俄民事诉讼法》第 14 条规定，法院在判决案件时，"应采取法律所规定的一切措施，以便全面、充分和客观地查明真实案情和当事人的权利和义务，而不受已经提出的材料和陈述的限制。"法院还被授权，"如果对于保护国家机构、企业、集体农庄及其他合作社或社会组织以及公民的权利与合法利益有必要，可以超出原告人所提出的诉讼主张氛围对案件加以审理。"《苏联法院组织法纲要》第三条规定，"法院的全部活动便是教育苏联公民具有爱国主义精神和共产主义理想、严格遵守苏维埃法律、认真保护社会主义财产、服从工作纪律、履行国家和社会所委托的职责、尊重公民的权利、荣誉与价值以及社会主义的社会规范。"转引自茨威格特和克茨，《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社 1992 年版，第 557、562 页。

11　题为"长春市两级法院开展春耕生产服务月活动"的报导，1994 年 5 月 2 日。近年来，以服务于社会主义市场经济建设为名义，各地法院新招叠出，不一而足。这是我浏览1993 年《人民法院报》时随机记下的一些表扬报导的标题（括号里的数字为月份和日期）："上饶法院为城市建设清障"(3.5.)"跳出坐等办案小天地，军事法院涉足经济大舞台"(4.16.)，"齐齐哈尔市两级法院为经济建设服务重视实质性参与"（4.23.），"周口中院提前介入'沈邱假药案'"(5.14.)，"朝阳法院协助征收养路费"(5.21.)，"法院与税务机关联手清税"(7.2.)，"晋中法院与农行联手收贷 2.1 亿元"（8.6.）。

12　题为"竭诚服务，严肃执法"的报导，《人民法院报》1994 年 4 月 4 日。类似的"先进事迹"在我们的传媒中可以说是俯拾即是，而对此倾向提出质疑的言论却难得一见。

13　法院经费的紧缺已经成为近年来相当突出和普遍的一个问题。导致这种紧缺的原因不只是现行的司法财政体制，还在于社会结构以及经济秩序的变动所引发的财政体制和分配模式的多样化。公共机构也可以甚至必须创收必然带来权力与金钱的交易，带来握有不同类型公共权力的机构及其人员在收入上的极度不均衡。诉讼活动成为法院（并非国家）创收的一个渠道，沿海发达地区和内地贫穷地区之间法院财政供给之间巨大的差距等当然不是偶然的事情了。某些法院经费困难的例子，见《人民法院报》1993 年 5 月 7 日报导："贫困地区基层法院经费短缺严重"。对于这种法院财政体制，一些司法官员提出了批评。一位省法院副院长就曾撰文指出，在这种体制下，法院的运行机制缺乏科学性，不过是"党政部门模式的翻版"；"缺乏依法独立审判的保障机制……党政职能与审判职能相混淆；法官的职业、职务和薪给没有法定保障，财物上没有法定的保证，法院受制于行政机构"，进而又诱发了趋利倾向，"一方面，法院经费困难，常常陷入困境，不搞创收难以为继；另一方面，审判围

绕着经济利益运转会影响严肃执法和法院的公正形象。”沈德咏等，“应建立与市场经济相适应的法院体制”，《人民法院报》，1994 年 6 月 6 日。

14　这里所使用的官僚化与我们经常否定的官僚主义意义上的官僚化并非一回事。在韦伯意义上，官僚制是现代管理的一个重要特征，它可以创造合理化，它本身也是合理化的一个组成部分。根据科瑟的概括，官僚制是依据合理化原则组织的；职务按照高低次序排列；活动不带私人色彩；任职者受有计划分配的权限和有限的义务所制约；任命根据专门的条件。参看刘易斯 •科瑟，《社会学思想名家》，石人译，中国社会科学出版社 1990 年版，第 252-255 页。

15　这几方面的情况，拙文（前注 1 揭）均有所揭示和讨论。依据 1995 年生效的《中华人民共和国法官法》第 9 条，担任法官必须具有高等院校毕业的背景。但是，我在最近两年的调查过程中发现，在一些法院，这一规定难以执行。作为司法机构的法院都不执行法律，违反法律，岂不是一个最令人不安的情况。但是，法官们列举的原因也并非完全没有道理，有的还很具体，例如法院人员的子女安置等。

16　关于“合法性”与人们的服从之间的关系，参看弗里德曼，《法律制度》，李琼英、林欣译，中国政法大学出版社 1994 年版，第五章。

17　《中华人民共和国人民法院组织法》（1979）第 10 条：“人民法院审判案件，实行合议制。”该条第 1 款：“人民法院审判第一审案件，由审判员和人民陪审员组成合议庭进行，但是简单的民事案件、轻微的刑事案件和法律另有规定的案件除外。”第 2 款：“人民法院审判上诉和抗诉的案件，由审判员组成合议庭进行。”

18　在刑事诉讼方面，依据 1996 年底之前一直有效的《中华人民共和国刑事诉讼法》第 106 条，如果合议庭成员意见分歧，则少数服从多数。“但是少数人的意见应当写入笔录。”但是，实际上，合议庭成员有争议的案件总是可以顺理成章地被视为疑难案件，同一法律紧接着的第 107 条为此提供了现成的解决方法：“凡是重大的或者疑难的案件，院长认为需要提交审判委员会讨论的，由院长提交审判委员会讨论决定。审判委员会的决定，合议庭应当执行。”

19　设立审判委员会的做法开始于 50 年代初。当时审判委员会的构成、职权及其与合议庭之间的关系，参看董必武，“在军事检察院检察长、军事法院院长会议上的讲话”，载《董必武政治法律文集》，第 516-531 页；另参看该书第 374、390 页。

20　一位学者在评论新订刑事诉讼法时，认为“新法典试图对审判委员会和合议庭这两个审判组织之间的关系作出合理的调整”，新规定“可以防止法院院长在开庭前即决定将案件提交审判委员会讨论决定。”见陈瑞华，“应当如何设计刑事审判程序”，《中外法学》1996 年第 3 期，第 41 页。

21　修订后的刑事诉讼法似乎有鼓励合议庭独立作出判决的立法意图，但是，据我于 1997 年 6 月在湖北省的调查，不少法官仍反映说，凡是合议庭有不同意见的案件，肯定要提交给审判委员会决定的，法官们也乐于这样做。

对于审判委员会存在的必要性加以辩护的理由，还包括那种认为法官素质不高，应当由审判委员会加以制约，以及审判委员会不容易被贿赂等观点。在我的调查中，许多法官认为这一设置不过是为了对现行法官选任制度所存在的明显弊病的补救而已。一位省高级法院院长的评论，见拙作，前注 1 揭，第 240-241 页。此外，美国著名法官汉德（LearnedHand）法官曾经不断地批评那种“满席听审”（en

banc

hearing）的实践，他对于用全院六位法官的宝贵时间审议合议庭判决的做法颇不以为然。同时，他也是联邦司法制度官僚化的一个坚定的抵制者。参看新近出版的一本汉德传记，Gerald

Gunther,Learned Hand: Man and theJudge, Harvard

University Press,1995,第 515-517 页。

22　1987 年 8 月联合国经济与社会理事会通过的“世界司法独立宣言”（草案）第 2 条：“每个法官均应自由地根据其对事实的评价和对法律的理解，在不受来自任何方面或由于任何原因的直接或间接的限制、影响、诱导、压力、威胁或干涉的情况下，对案件秉公裁决；此乃他们应有之职责。”第 3 条：“在作出裁决的过程中，法官应对其司法界的同行和上级保持独立。司法系统的任何等级组织，以及等级和级别方面的任何差异，都不应影响法官自由地宣布其判决的权力。”1993 年 9 月 14 日在科伦坡举行的第五届亚太地区首席大法官会议所通过的“审判独立原则声明”（草案）也作出了类似的规定。

23　例如，《人民法院报》1995 年 6 月 27 日报导最高人民法院院长任建新接见最高法院援藏干部的通讯，便细致地列出四位法官的行政级别，其中两位副局级审判员，一位正处级助理审判员，一位副处级助理审判员。

24　1995 年生效的《中华人民共和国法官法》似乎强化了法官的等级制度。该法将法官分为四个等次（首席大法官、大法官、高级法官和法官）十二个级别（第 16 条）。更有甚者，1994 年提交全国人大常委会审议的该法草案还规定了所谓“衔级制度”。后来全国人大法律委员会在对这个草案的审议结果报告中说，“一些常委委员和地方、部门的同志提出，审判人员不同于军官和人民警察，不宜实行衔级制度。”参看周道鸾（主编），《学习中华人民共和国法官法资料汇编》，人民法院出版社 1995 年版，第 22 页。

25　1996 年 7 月到 8 月，我曾有幸和我国的一个司法代表团一起考察美国的司法制度。在与美国同行的交流过程中，我国法官（当然包括那些院长副院长们）感到最难以理解的，也许并不是那里法院的权高势重，而是法院院长（首席法官）对于其“下属”的无权无势。他们感到困惑的是，离开了院长或其他上级的领导，法官们岂不是各行其是，整个法院，甚至整个司法体系如何能够避免陷入混乱和普遍的腐败？关于美国联邦法院首席法官的行政职权，参看 Lawrence

Baum,American Courts: Process and Policy,

Houghton Mifflin Company,1986,第 37 页及以下。

26　任建新在向全国人大常委会所作的“关于《中华人民共和国法官法（草案）的说明”中指出：“法官的职业特点决定其必须具有较高的素质。”又说：“……对上级法院法官的素质，应有更高的要求。”周道鸾，前注 24 揭，第 16、17 页。其实，准确地说，应当是不同级别法院的法官素质需要有同等高的要求。了解具体司法运作的人都知道，第一审法官高质量的工作对于整个司法制度的品质维系和公民权利的妥善保护有多么重要的意义。一些西方国家很注意使不同级别法院的法官在选任标准上保持大致上的一致，薪俸上只保持较小差距。这种制度安排使得低层法院的法官对于升迁至更高级别法院的动力不那么强烈，因而，减少了法官希望升迁的心理对司法独立所可能带来的损害，同时能够吸引优秀的人才从事低层法院的司法工作。另外一个可能的作用是降低上诉率——假如制度安排上强调上级法院法官的素质总是高于下级法院法官，为了得到更优质的司法“产品”，当事人当然有理由不断地提起上诉、申诉、审判监督程序等等，从而加大司法制度的成本。

27　我们的古人早就认识了这个道理。《周礼.秋官司寇》：“〖小司寇〗以五声听狱讼、求民情：一曰辞听，二曰色听，三曰气听，四曰耳听，五曰目听。”

28　《中华人民共和国人民检察院组织法》第 10 条、《中华人民共和国人民法院组织法》第 17、30 条也作了类似的规定。

29　刘家琛，《诉讼及其价值论》，北京师范大学出版社 1993 年版，第 46-47 页。（作者系最高人民法院副院长）

30　《中华人民共和国人民法院组织法》（1979）第 21、25 条。

31　系统的主张以及联系当代中国司法制度某些方面所作的研究，参看，苏力，《法治及其本土资源》（中国政法大学出版社 1996 年版）一书中的若干文章；以习惯法为"标本"对于中国传统法律的内在逻辑和支配法律秩序的精神所进行的一项研究，见梁治平，《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社 1996 年版。

本文原载《中国社会科学》1997 年第 7 期。《新华文摘》1998 年第 3 期转载。

上传时间：　2001/9/18　　文章来源：《中国社会科学》1997 年第 7 期

中国文化与中国法学

——贺卫方教授北京农学院讲座记录

by 贺卫方

本纪录稿由北京农学院政法系崔阳先生提供，供大家参考。感谢崔阳先生对本站的大力支持！

政法系的各位老师、同学大家好！很高兴来到美丽的农学院作这次讲座。你们的金瑞锋老师去年就邀我来参加你们系举办的人文社会科学月系列讲座活动，给大家讲讲，但是一直比较忙，直到今天才有机会和大家见面，望大家谅解。另外，我先对今天能来听我讲座的同学表示感谢，欧洲杯激战正酣，大家的注意力可能都在这上面了，我想没有来的同学可能正在补觉准备观看今晚的英葡大战，其实我也是个球迷，如果今天我讲的不能令大家满意，希望大家能够原谅，因为我也是天天在秉烛夜战，作球迷真辛苦呀！尤其是作中国的球迷！（笑声）好了，我们现在言归正转。说到中国法律的教育，我们首先应该从大学说起。我认为一个人进入大学受的教育应该是多方面的。应该接受多方面知识的熏陶。单一类的大学不容易将人培养成为一个"博雅之士"。中国的大学呈现出来的历史是"分分合合"。原来的那个单科性的学校开始合并，比方说北京医科大学，本来就是从北京大学分出去的北京大学医学院，现在又回归了，回到了北大，成为北京大学的医学院，这样的话，学医的同学也可以在一个综合性大学，比如说他愿意去听一听西方哲学史，听一听电影艺术鉴赏，听一听行为艺术，比如说朱青生教授的现代艺术方面的课题，或者是法律方面的课题，这样一个人就又进入了一个多学科的知识素养不断提升的一个状态。所以我觉得，这样的趋势比较受欢迎，另外一个和合并相类似的一个趋势，原来的一些单科性的学校越来越走向综合性，越来越愿意去办自己以前没有的一些学科，纯粹办文科的现在开始办理科，纯粹办理科的工科（比如清华大学），现在不断强化自己的人文社会科学方面的力量。像我们农学院，我们一听这个名字，哪会想象农学院竟然有政法系，但是现在我们有了政法系，我们招生了许多优秀的学生，我们有一批优秀的教师在这里和大家一起研究法律，那么，这样的一个学校逐渐走向综合化，我们都知道高等教育所承担的使命，有个非常重要的体现，那就是要培养具有批判精神的，具有一种高层次的文化修养的，这种文化不仅仅是一种狭义的，工匠意义上的文化，而且是一种具有宽广的一种视野的这样一种人才，这是我们今天院系调整的，或说新的教育体制改革的最让我们欣慰的一点。当然有一些后遗症，比如说有一些学校的合并的太大，过去我们说吉林大学座落在美丽的长春市，我们今天可以说长春市座落在美丽的吉林大学的校园里，到了长春，你满城市看到的是吉林大学的牌子，一个学校由于各个分校区离的太远，所以不同知识的交流遇到一些困难，但是我相信，这种困难也许应该可能是暂时的，我们长久的来看，上一界主持教育方面的工作的李岚清副总理，也许做了一件好事，也许并不是他有意识做了一件好事，他的考虑也许没有我这么深刻，能够考虑到教育体制，这是一个对 1952 年院系调整的一个非常大的冲击或者说是非常大的一个反动，我们的教育又一次恢复回归到高等教育的一个政府组织，但我们今天走到许多学校，我 1978 年上大学学习法律，那个时候全国法律方面的高等院校只有 5 家，那就是北京大学法律系，吉林大学法律系，人民大学法律系，湖北财经学院法律系，以及我的母校西南政法学院，西南政法学院 1978 年招生，一晃已经是 26 年前的事情了，那个时候懵懵懂懂上大学学习法律，那一年全国招生的规模，法律专业的招生规模大概是 700 人左右，我们西南政法一下就占了半壁江山，我们招了三百六十几个人，跟一年的天数差不多，大概是 365 个人，上大学学习法律，今天我们弹指一挥间 26 年过去，我们全国的法律专业的招生数量已经没办法统计，据不完全统计，全国的法律院系已经上升到了 500 所左右，是二十多年前的 100 倍，从 5 所到 500 所，这个说给外国人听是瞠目结舌的，二十多年增长了 100 倍，这是怎样的一种增长规模，到处都有学法律的，没有比学习法律更时髦的了，我回忆起来过去的时代，比如说再来看老舍的茶馆，他的

茶馆里有一个二流子，几天不见，说："你今天干什么去了？"二流子说："我上法政学堂去了。"开始学习法律去了，法律变成一个大家都愿意学，学了以后，将来要做一个法律人，要成为律师法官检查官，要用法律的知识改造这个社会，我想这么多的法律院系，每年都在培养着无数的人，这些个人进入到社会，对我们这个社会，对我们这个老大帝国，一定有着深远的意味，这到底意味着什么，我们这些学法律的人将来走向社会，对社会要带来怎样的一种变化，这都是我们在学习法律的过程中间可能要不断思考的问题。我们法学教育要完成自己的使命，要培养合格的法律人，这样的法律职业又给法律教育带来怎么样的一种挑战呢？那么今天晚上我们要讨论的问题，我个人对这些问题的一些粗浅的思考，与在坐的各位老师各位同学有一个机会交流，我想我讲一个半小时的时间，接下来我们讨论，虽然今天人比较少，但是人少的讨论可以多一些人来发言，能够深入的聊一聊。

首先我们要问的一个问题是，中国这个社会从前有没有法律情节，我们的古典时代是怎样的一个社会，用怎样的方式调整社会，我们是一个新的职业吗？我们这样的一种职业或者法律教育在 100 多年前，是否存在，著名翻译家林纾，福建人，（和严复是老乡），是少有的翻译家，他不懂外语，一个字都不懂，但是他成为翻译家，

他就是请了两三个外国的助手，给他讲这几本书讲了什么东西，然后他用笔写出来，而且用他自己的文字来斟酌，来翻译成中文，这是历史上很少见的一个翻译家，钱钟书先生的考察，证明他的翻译有许多震撼人心的东西，他翻译的那些错误往往是那些助手造成的，他翻译中最精彩的部分就是自己的文章写的漂亮，他有很好的一种想象力，钱先生还说他的翻译起到了一种很难起到的功效，他激发了一个人的好奇心，你读他的一本，有些他的描述非常的奇特，不可思议，钱中书说他小时候学外语非常重要的一个动力就是，看了林纾小说以后，就想着小说人物到底是怎么写的，真想看一看外国人原来的文章是怎么写的，看一看到底怎么回事，他特别好奇，钱先生说的外语特别好，是中国人当中是少有的说的特别好的，英语，法语，德语，意大利语和拉丁文，全部都是非常精湛的，文革后他到美国访问的时候，那一口伦敦腔把别人震慑的简直是一愣一愣的，他从回国以后就再没有出过国，但是那一口典雅的英语简直是太可怕了，更可怕的是，一个人问他关于德语文学问题的时候，他用德语回答这个问题，用法语问的话，他用法语来回答这个问题，简直可以说太吓人了，还有一方面可以说是天才的地方是，大家知道他在围城了说的非常确切的描述。那么林纾先生当年翻译很多的小说，其中有一部小说叫《理获大梦》，欧文.华盛顿的小说，讲的是有一个人上山上学，走在山里面遇到一个人，跟那个人在一起聊，聊着聊着他好象睡着了，睡着以后下山，回到自己的村子里发现已经过了好几十年了，有许多他当年认识的人都死掉了，许多年轻人他都不认识了，因为他这一觉醒来已经过了好几十年了。我们说在 100 多年前的中国人，一下都死了，后来一觉醒来已经是一百多年以后了，他会发现中国社会真的是沧海桑田，沧海桑田这个词真的是失去了夸大意义，因为这个社会太不一样了，人们说的话全都听不懂，比方说他到一个地方，叫人民法院。人民法院是什么东西，他知道有个地方叫衙门，他不知道什么地方叫法院，他一看，里面的情况全部和他熟悉的以前的衙门的情况不一样，衙门里办案子不是打板子吗？当事人不是跪在法官的面前，前面这个法官穿的法袍又不是包拯穿的他习惯的那套服饰，比如那时候的律师，律师不是讼棍或者叫讼师，那个时代讼师是不可以在法庭上出现的，他只是地下工作者，帮着做一些地下工作，不能在法庭上出现，而今天在法庭上有一批人，好象在法庭上义正词严，口若悬河，雄辩滔滔，代理他所谓的当事人，一系列的法律概念法律术语听不懂，什么叫无罪推定，刑法，民法，诉讼法，这是什么这根本就搞不懂，他仿佛到了另外一个国家，你们知道中国近代法律术语基本是来自西方，而且基本上是转口贸易，从西方到日本，日本再转到中国来，我们要把日本的那些概念翻译成程序，

诉讼法，法院组织法，破产法，有一些概念到现在我们和日本上的理解是不大一样的，中国人理解不了为什么用经济这个词来翻译 economic,中国古典时代的经济（你们知道）经国济事，是政治词，但是日本人硬是把这个词汇翻译成了经济学，搞的中国人当时非常的困惑，后来我们再说经济学的时候，没有人会想到是政治学的意思，我们经济学讲财政，讲税收这些东西，法律方面有一些概念，也令人困惑，比如说破产，什么叫破产，破破烂烂的产业叫破产，也搞不懂。假释，假释是什么意思，假装释放？这个概念和我们的中文习惯词汇不太一样，原来日本词汇里假这个词有暂时的意思，所以这个暂时释放翻译的挺精准，在中国人的语境下这是一个非常奇怪的表达，大家知道取缔在日语里是管理的意思，比如说经理，在日语中叫取缔意，是管理者，到了我们这里是取缔法轮功，取缔--在这里不是管理法轮功了，而是把它灭了，但大量的这种词汇引进到中国来，我们法律的词汇（大家可以看）有一位作家写了一本书叫《中国人留学日本史》，里面列出来许多词汇是中国人从日本引进来的，你可以看到里面多少法律词汇，我们今天法律界所使用到的，见惯不怪，已经习以为常的，对于我们 100 多年前的中国人来说是非常陌生的，那么这样一个从 100 多年前的变化可以说是两千年来的未有之穷竭巨变，两千年来从来没有经历过这么大的变化，西方列强到中国来所提出的挑战，这是中国两千年来从没有遭受过的重大的挑战，我们中国社会过去曾经有过的一些危机，一些挑战，比如说第一次大的变革，是从井田制向郡县制的一个转变，这个转形对中国来说是巨大的，我们在这样一个具体条件认识到，中央集权的官僚政治体制，在小农经济的基础上建立中央集权的官僚政治体制，这是中国的传统政治的一个巨大的变化，我们也曾经受过外来文化的很大的一个冲击，影响着我们的国家，佛教传到中国来，对中国的思想有着很大的影响，这时候我们讲理智，但这种东西也是很有力量的，佛教传到中国开始时，包括皇帝都喜欢佛家的学说，因为古典思想非常偏向于纯粹世俗的思想，比如孔子的论语，这本书基本讲的都是人与人之间的关系，就像隔壁的一个老头，礼之用和为贵，三人行必有我师，什么叫孝道。孝道最重要的不是你给你的父母钱，给他们饭吃就可以了，这意味着必须有一种非常好的表情，非常好的心态对待父母，这是最重要的孝，而不是简单的经济上的一种支持。孔子天天讲的是一种人性化的东西，没有考虑一种更加韬略的东西，你看不到我们是如何理解人是怎么来的，孔子讲不知生焉知死，他对于佛与怪，都不是特别感兴趣，宗教告诉我们我们是从哪里来的，基督教告诉我们是上帝造出来的，我们要忏悔，我们要审判，上帝降临人世间来拯救，然后我们需要一种救赎，描述未来的天国，未来的地狱，所有的东西都是一种神学的体系，都是在中国古典思想里特别缺乏，我们的思想是人与人之间的东西，最多是人与自然之间的东西，只有文字之间的关系。不去考虑这些超越人的经验的东西，人的经验所感受到的东西，孔子不大感兴趣，儒家学说也不大感兴趣，于是我们中国传统的思想体系里，存在着一个很大的缺陷，你怎么来解释人，然后到哪里去，我将来还会回来吗？今天我们到北京农学院来看到校园这么美，但是想想再过几十年，我就不在这个世界上了，我到哪去了？我将来还能回来吗？我是否能化作一只小鸟回来看看农学院发展的这么好？大家知道，死亡是人类永远解决不了的一个问题，但是对于死后到哪里去是要有一种解释的，这个解释也许不是科学的，也不可能是科学的，因为科学只告诉你人死如灯灭，我们还是想知道是什么东西让我们能面对死亡还如此慷慨，还能微笑面对，这点很重要，没有宗教信仰的人对死亡是很恐惧的，而有了宗教信仰你就会觉得很好，该死的时候就死了吧，死了以后家里也不会感到很痛苦，中国传统思想里缺乏这样一种思想，如果这个民族没有神，也就没有人，人就变成魔鬼一般，人除了信奉金钱和权利以外，不相信别的东西，他没有任何敬畏感，他无所谓。整天上上下下充斥着谎言。这是一个国家很可怕的一个东西。但是，在汉朝前后，印度佛教传到中国，人们都去信它，但佛教与中国传统思想是一个很大的冲突，这个冲突就是中国传统思想对于君对于父，君为臣纲，父为子纲，这样的一种思想一直是根深蒂固的，而任何宗教，（我们看）三大宗教，基本都是对宗教的评价是无父无君，压低君主的

地位提高宗教的地位，所以基督教传到中国后这样的一种思想对中国传统思想产生了很大的冲突，另外佛教这套思想重视一个程序，重视一个形式化的东西，比如说念经打坐，不吃荤，不近女色，这些都变的很严格，这样的东西和我们传统的思想也相当大的距离，所以我们开始改造，大概经过了 800 年的时间对佛教进行改造，改造之后的结果使得佛教变成了禅宗。中国佛家的思想是禅宗，讲的是一种人的顿悟，不再一味的修行，而且什么东西都可以做，反而是酒肉穿肠过，佛祖心中留，还什么修行呀。什么不近女色，一个老和尚和一个小和尚过河，看见一个姑娘站在河边在那着急，河水太湍急了，过不去。然后老和尚见状，二话不说，将姑娘抱起来就过河，过了河，把姑娘放下，两个和尚继续走路，小和尚心理就想：我师傅给我做的什么表率，佛家讲究不近女色，我师傅搞这套抱着人家就过，这还了得？最后到傍晚时候，小和尚实在忍不住，就问师傅，问完师傅后，师傅哈哈一笑，说："天那，我早就把他放下了，难道你还抱着她吗？"（笑声）所以传统的佛学被改造成中国的佛学，用中国文化改造另外一种很另类的文化的过程，中国文化接受了一种挑战，同时也成功的把这种思想中国化，我们看到的是双向的改造过程。外来的东西变成中国的东西，中国又把外来的东西改的面目全飞，但是中国总算在这次改造的过程中挺过来了。但是 1840 年这一次可不一样，从前中国从没遇到过这样的文化挑战，你们也知道过去很早的时候我们曾经接受过西方的一些东西，比如说基督教，西安有一个碑林讲的就是基督教到中国，但后来信奉这个宗教的人就消失了，明朝时大量的传教士到中国来，利马窦的墓在现在中国党校的后面，他是中西文化交往中非常重要的一个人物，他从广东韶关登陆到中国传教，他学中国的语言，和当地人学当地话，他以为学的是中国话，结果学了一口广东话，咣咣咣咣的。（笑声）但是也没有将基督教传播开。

日本更是学习中国文化，尤其是文字方面。例如，慢走的"慢"字在日本的意思就是双人边的那个"徐"字，"徐行"，很古雅，很古典，日本保留了许多中国古典的东西，我们要做的就是让他们学好。朝鲜人学习学习，然后给我们来朝贡，我们过去讲他们都是蛮夷之邦，大家看《西游记》，《西游记》体现了很强的文化自豪感，我大唐上国到你这个国家来，你看孙悟空见了某一个国家的国王的时候，唐僧三拜九扣，然后孙悟空就站在旁边，不拜不扣，然后就有人说，这不行啊，孙悟空你怎么能这样呢，这是国王啊，悟空的观念就跟现在的货币价值一样，你这种国家，你们的国王就相当于我们臣，你们的臣就想当我们的儿子一样，虽然我们在大唐只是一个普通老百姓，但是到你们这儿来也相当于你们的国王了，就是这样一种观念，就像一美圆折抵八块人民币一样。所以文化自豪感非常强烈，就导致我们长期以来对自己文化的一种观念——我就是老大！利马窦到中国来，给中国皇帝献了一份世界地图，把中国画在中间，我们就非常高兴，哎呀，中国确实是中国啊，在全世界的肚脐眼上（笑声），你说这个国家不叫中国哪个国家能叫中国？我们长期的这样一种观念，所以很难对其他国家的文化表示接受，我们觉得这些东西都是比我们低下的，为什么说西方的文字是一种弯弯曲曲的东西，后来有人说那就是孔子西行的时候，有外国人问他怎么写字，孔子说，你看呀，孔子骑在马上，马的小便时是弯弯的，所以外国的文字就弯弯扭扭的，我们这种文化是一种不能适应，1840 年彻底改变了这样的一种东西，我们心态上没有办法适应，越没有办法越自负，越自负就相信自己能战胜他们，但是每每战胜不了他们，这真是中国人面临的一种巨大挑战，更可怕的是我们在他们身上发现了这种西方文化不再是一种简单的坚船厉炮，他们背后有一种东西，这种东西有一种伟大的精神存在，中国第一个出使英伦的，在英国作大使的人，郭松涛，一个湖南人，一个开明的官僚，那个时候到英国当大使是件很可怕的事情，不像现在，到英国去留学是何等的光荣，到英国去做大使更了不得，那个时候谁要到英国去，就是到蛮夷之邦，在北京的湖南人都觉得，这个家伙你看，到鬼子的地方去，太叛徒了，太糟糕了，而且慈禧太后接见他在临走的时候，特意问一下他，家里是否上有老人在。他说：

“都已俱亡了。”父母都不在了，慈禧太后流着眼泪说：“那就好那就好。”（笑声）她想起父母在不宜远游这样的说法，所以父母都不在就可以远游了。所以那种痛苦流涕的，就像一副昭君出塞的那种观念，那种思念在那里体现。但是，他到了英国之后，一下子感觉到了不同于中国传统的文化，这对传统士大夫来说是一个震撼性的东西，他发现了英国的国王，英国的国王但是他没有太多的权力，英国的议会在相互的辩论，相互的就国家的事物进行辩论，一下子他发现，英国富强的根源到底在哪，君主和臣民间没有隔阂，大家一般没有问题。君主并不是说我有这个权力，就是无限的权力。而君主是受了严格的限制。再后来，到英国去的严复，著名翻译家严复，有一次到英国去之后，养成一种习惯，到法庭上听案子，听审理，他喜欢听判，好在英国的司法比较公开，不象我们国家，外国人到法院听听案件还要外办同意，他们就不需要，他们就可以到法院听案件，听了几回下来以后，找到郭松涛了，他说；“我现在真就感悟到了一种英国的富强的根源，在英国的法庭上，每天都在申张正义，没有人可以在法庭上说我的权高势重，我是国王都不可以不符从法律的裁判，所有的人都必须服从法律，公理的裁判，因此导致了正义每一天都在申张，这样的国家能不富强是很难的”所以，严复认为英国富强地根源在他们的法庭，所以早期的中国人一开始就觉悟到这一点，所以我们能明确的看到，人们就会说，我们只是船炮比不上西方人，更重要的是，我们的制度比不上西方人，我们的文化可能出现了严重的问题，所以，我们面临着 5000 年未有之穷竭巨变，我们面临着中国道路的彻底改变，这些都为后来的五四运动，新文化运动，打倒孔家店开始奠定了基础，那么，与此同时，我们的社会整个治理模式发生了巨大的变化，我们不断地引进西方的制度来借鉴一整套所谓的现代的国家制度，现代的法律制度，我们有了的人民代表大会，人民代表大会 The

People’s

Congress,“congress”就是议会的意思，我们号称是人民政府，我们国家总是强调自己的人民性，我们的国家叫中华人民共和国，我们的政府叫中央人民政府，我们的军队叫中国人民解放军，我们的警察叫中国人民警察，简称民警，我们的法院叫人民法院，检察院叫人民检察院，我们都知道小时候有个人民公社，我们读报纸叫人民日报，我们到人民银行办理有关人民币的业务，我们有人民大学，我们在人民大会堂开会，我们得病到人民医院治疗，我们死了到人民火葬场火化。（笑声）哎呀，这个国家到处都强调人民，人民。其他的民主国家通常不强调人民，反而强调王国。荷兰是一个什么样的国家？瑞典是一个什么样的国家？英国是一个什么样的国家？他的名字里边并不包含 people。北韩民主，朝鲜，人民民主朝鲜。南韩就叫大韩民国，大韩民国这个官方名字里的 republic,台湾的是 republic

of china,我们的叫 people’s republic of

china,所以看越不民主的国家就越强调自己的人民，这样的一个特色，这是非常有趣的一个现象。我们建立独立的法律体系，我们不断的引进，学习西方先进东西，但在引进学习的过程中，发现这是非常艰难的一个过程，最主要的问题是我们虽然说引进西方的东西，但这个东西表面上是引进来，实际上它的精神并没有被引进来，我们没办法把这样一种精神引进来得时候，我们发现剩下的却是一个空壳，我们传统的政治文化，传统的法律文化在不断的改造着我们引进来得东西，使得我们引进来的东西变的非驴非马，有时侯传统的东西改造引进的东西，有个例子，莎士比亚的戏剧，莎士比亚的戏剧也被引进中国，我们的话剧还是经常有人演莎剧，现在黄梅戏也被改编了一个莎士比亚的戏剧，把莎士比亚的戏剧的人物改造成为中国古典的人物，也是公子落难，小姐后花园相会，到了最后中国传统的戏剧观念怎

么结合到莎士比亚的戏剧里头，具体到话剧里边我们看尤其是商人，在原来的那个莎士比亚的意义上是非常复杂的观念，夏洛克并不是那么残暴，而安东尼也不是那么高大全的人物。但是中国传统的戏剧观念就是强调一种黑脸白脸，非黑即白，我小时候看电影问大人说，哪个是好人哪个是坏人其实连问都不用问，因为坏人长得样子都不对（笑声），坏人鬼鬼祟祟的样子，好人都是样板戏。古典戏剧也是这样，好人脸谱都不一样，坏人中间有一块白，这就是坏人的形象，有时候不经意的就被改造了，导演在选演员的时候，他有意识的就选了长得张嘴鼠目的演员演夏洛特，选像濮存昕那样的演员演安东尼奥，但有的东西在中国影坛上，莎士比亚发生了扭曲，以中国传统的戏剧观改造了引进来的东西。政治制度也是这样的，我们有了人民代表大会，他本来应该是议会呀，应该有争论的，有辩论，甚至有些国家都打起来了，但是我们的议会从来不争论不辩论，我们的大会开 3000 人的大会，这在历史上是绝无仅有的，3000 人的大会，真是全世界最大的一个 party，每年聚会一次，我们人大代表坐的时候很奇怪，黑龙江代表团，安徽代表团，山东代表团，他是一条一条的坐，我当时很奇怪，为什么这种坐法，后来想想也是，左右都不认识，也没法交流呀。为什么没办法交流，没办法交流就没办法结合小团伙来进行分工，然后开大会集体讨论三千人的规模，没办法进行真正讨论，可一点不讨论就太不象集体议会了，于是就分组讨论一分组就是各省代表自治区直辖市代表回单位进行讨论，然后讨论过程中就会发现省委书记省长省人大主任三架马车高高在上主持会议，省代表市代表模范坐在下面还很兴奋的样子（笑声），但不能乱说话，现在还兴请个领导人来讲话，李鹏委员长参加了，大家还要踊跃参加讨论提问，其实都是安排好的吗（笑声），李鹏委员长认真的记笔录还不断发话，讨论氛围非常活跃，大家发言结束后，李鹏委员长还发表了重要指示，李鹏委员长首先给了辽宁省近年来的工作充分的肯定，这就是议会？这根本就不是议会，但是我们又叫它立法机关，我们说它是立法机关，但它又不能履行立法机关的职责，这样一种情况它的意义又如何呢？它到底怎么了，那我们引进这样一种制度干吗呢？三千人来北京开十几天会，就是为了一听，二看，三通过，我们开这样大会干吗？今年的会议缩小了一天半，节省了好几百万块钱。我说，那要一天不开更节省钱，开这样的会议干吗？我们看到的这些方式到了中国之后，完全被改造了，被扭曲了，被改造得简直面目全非，根本不是这种制度应有的一种形象，一种功能，那么，我们能够再一次感受到我们的国家 5000 年的历史，文明，它的强大的一种传统的力量，他能够把所有的东西像《围城》里讲的，中国人硬是厉害，西方的东西进来一件毁一件。被我们一件一件的毁掉了。

那么，我们看在这种传统的中国社会里，我们说法律的职业在中国传统的社会里是否存在，我们把眼光放在 2000 年前的中国社会，我们发现中国传统的社会里，其实任何社会都存在治理问题，所以我们知道无政府主义，其只不过是人类的梦想而已，任何一个时代都需要像政府这样的东西来去处理社会的公共事业，来去为社会制定规则，来对社会的纠纷进行裁判，分析，这是社会对政府的一种需求，是一种必然性，在不同的社会的产生的政府类型不一样，或者说纠纷裁判机制也不同，我们发现中国古典社会的模式很有趣，也可以说是，我们的社会是一个封建社会，其实中国从汉朝到清朝末年这个社会不可以说是封建社会，如果按西方所说的封建社会的话，以这样的一个概念来理解封建社会的话，封建社会强调的是分封，君主和大臣的分封，大臣和小臣的分封，小臣和下面封建主之间的分封，然后封建主和农民之间的契约关系，所以封建社会强调的是一种契约关系，一种互惠互利的特色，但我们的社会不存在这样的一种社会关系，我们的社会是一种小农经济为基础上的高度发达的官僚政治体系，我们很早就形成了一种强有力的中央政权，在座的同学大家都生活在北京，其实生活在北京是生活在一个历史中间，有紫禁城这是朝廷的所在地，前朝后世左祖右寺，为什么我们的大门朝南门，我们通常大门朝北，所谓面南朝北，君主一定要脸朝南，这是传统，

《周礼》里讲的前朝后世左祖右寺跟今年北京的格局是一样的，前面有紫禁城，后面有国子监等，左祖右寺，左边是祖宗待的地方，就是现在的劳动人民文化宫，是祭祖的地方，右边是五色土，就是社稷坛，这是 2000 多年前的发展出来的思想，2000 多年前的思想在建筑上使用，那么，文武百官，在《周礼》里已经有了复杂的分工，这在世界范围内都是一种奇迹。为什么，那么早就发达出来一种国家，我想跟中国古代治水需求的一定有关联，亚细亚生产方式，尤其中国社会，最大的问题就是黄河流域作为中国文明发祥地之一，可以说主流文明是黄河文明，黄河这条河流跟欧洲河流不大一样，欧洲河流例如多瑙河，莱茵河，塞那河，这些名字都很美，河流都是很平缓，不会发大洪水，很少发大洪水，过去看一个电视片，介绍巴黎的，赵忠祥配的音，赵忠祥那种声音特别美，塞那河在巴黎市中心缓缓流过，当时特别的向往，后来有一天终于到了巴黎，看到了塞那河，塞那河确实很美，两边的建筑每一栋房子都在诉说着一段独特的历史，或者古老的历史。塞那河上好多桥，那种桥建设的美伦美奂，简直让人叹为观止，真的是很漂亮，那些河流像莱茵河，那条河流旁边都是一些 10 万人口的小城市，每一个小城市都像个明珠一样，镶嵌在河边，像是一个珍珠项链一样的，那种河两岸产生的音乐家，也都像莫扎特，那样的音乐家，你听的都是些很平缓的音乐，很美的。而我们的可不一样，朋友你到过黄河吗？（笑声）我们那个河啊，那是中华民族的母亲河，也是中华民族的后母亲河，这个河流太可怕了，要是奏起乐就像决口似的。要是到开封去，开封人告诉你，确实宋代的都城已经在地下了，被考古挖，挖的左一个房子，右一个房子，过去我看过一个电影，叫《大河奔流》，黄河一决口啊，那个水太可怕了。这样一个河流的治理，向来是中国老百姓的心头病，为了治理这条河流，我们都需要，特别需要的是，动员黄河，这不是一条小河流，我们家孩子做作文，以难过做作文，我们家的门口那小河真难过，这个不是你们家难过的那条小河，那条太大的河流，不是说一个村子去治理的问题，整个上上下下的，从上游，中游，然后下游的老百姓几乎在同样一个时期，都要有一个权利能够发动起来，能够把这个河治理好，你知道我小时候毛主席教导我们，要把黄河治好，一定要把黄河治好，所以我们就需要有这样一个中央的权利，高度发达的中央的权利，能够实现这样一种中央动员，能够让所有的人都能够在同样的一个时间里边，发动起来数以百万计的民工，来治理这条河流，所以我们需要有这样一个中央的权利，这是东方社会如此强有力的专制传统的一个自然历史的一个自然地理的民族的一个起源，那么这样一个与起源相适应的是，如果需要有一个专制的权利的话，我们就是一种反分权的体制，我们不喜欢有一些权利要去分割，那个最重要的那个人物现在叫国君，以前叫皇帝，我们不喜欢有人去分割他的权利，而西方社会大家都知道，它早期的时候一直存在一种宗教权利和世俗权利两分，读过圣经的朋友知道，圣经里有所谓的双剑说和两剑说，有两把剑，一把是世俗之剑，一把剑是精神之剑，和两把钥匙说，都是讲的世俗的权利和精神的权利之间的分离，圣经里讲把恺撒的归恺撒，把上帝的归上帝，西方历史一直在非常严格的尽管中间有许多神权压倒世俗权，世俗压倒神权，但大体上来说一直存在一种两分，我们都知道这种两分法指的西方产生独立的教会，罗马天主教庭，成为一个非常重要的一种权利，它有自己调整生活的一种办法，人们的生活本身，你作为一个欧洲人在中世纪的时候，你的生活就要分成两部分，你们就要知道哪个是世俗的哪个是精神的，因为这两个领域调整的法律制度的不一样，一个人作为一个人同样受到两套法律体制的制约，一套世俗的法律，是国王来裁判案件，一套是精神的法律，所谓宗教法或者教会法，我自己的硕士论文就是研究教会法，研究中世纪的天主教的教会法，我特别有兴趣对这种古代的又古又洋又冷又偏的特别喜欢，那么对这样两种东西的划分其实有许多特别有意思，比如说到底什么是世俗的什么是精神的，比如说婚姻，婚姻到底是世俗的还是精神的，在我们这就属于三十亩地一头牛，孩子老婆热炕头，这跟精神有什么关系呀，那我们来看看西方为什么结婚要到教堂去，是因为婚姻是属于上帝管的，另外婚姻不仅仅是一男一女之间的结合，而且它是一种象征，象征着耶稣基督和教会之间的结合，所以必须由

教会当局来主持，很神圣啊，婚姻在教堂里大家看前不久丹麦还是哪个国家的，王子娶了一个澳大利亚的姑娘做太太，我看这个凤凰太直播，那个程序太烦琐了，基本是这个宗教当局在支持，按照婚姻这个东西由宗教来主持，因为它是精神的，遗嘱，那个人活的好好的时候，说我死了以后该怎么分我的财产，或者说一个最有权利的人说死以后权利给谁，谈谁来接班，这个东西看起来是世俗的东西，但是它处理的对象是世俗的，结婚本身是精神的，但是遗嘱是什么，遗嘱象征着一个人肉体已经离开这个世界的时候，仍然用自己的意识统治这个世界，过去皇帝继承皇位的时候，那个问题还复杂，一直到毛主席那个时代，毛主席临死的时候还颤颤巍巍地用手写了几个字给华国锋，说你办事我放心，然后毛主席就死了，权利发生很大的争议啊，当时关于谁是接班人并不是也很有定论的哦，虽然华国锋已经是被看好的，但是江青肯定不那么认为，王洪文也肯定不喜欢，所以就发生了争议，老华一拿这个东西，主席说了你办事我放心，然后别人就不敢跟他争论了，因为这是主席的意志，主席仿佛仍然活着，但是我们也知道审判林彪四人帮的时候江青在法庭上透露一个信息让我感到很震惊，江青说那个时候写的不仅仅是六个字，写的是十二个字，那就是你办事我放心，若有事找江青（笑声），他就把后面那个字给去掉了，所以遗嘱它是标志着人死后仍然统治着这个世界，是这个精神的，所以这必须由宗教当局来管，西方社会当时对江青这样一个遗嘱纠纷，由宗教当局来处理，宗教法院来审理的，而不是由世俗的法院处理，我们看西方社会一直存在甚至到今天仍然对传统有影响，大家看西方社会不像我们这个社会，他们国家领导人纯粹是世俗的领导人，他们不会去干预人的精神生活，他们不会轻易，假如说布什总统发表 5.31 讲话，全美国人民都在学习布什总统的讲话，工人老约翰说我学习过布什总统的 5.31 讲话，浑身都是干劲（笑声），法国也不会说是我们要贯彻密特朗总统的三个代表思想，然后在一个屠宰场门口挂个大横幅，以三个代表思想来指导我们的屠宰工作，他们不会出现这样的情况，他们世俗领导人就做世俗的事情，就管世俗的事情，伊拉克打不打啊，这个税收该不该提，增加税收啊，该不该对穷人进行更多的救济啊，他们天天都在做这个事，他们不会叫大家去学习他的思想，更不会把他的思想放到宪法里面去，这都是匪夷所思的一件事，在这，我们这里有，那么这告诉我们一个什么道理，就是说中国古典时代，由于传统社会建立一个非常高度专制的权利，容许宗教当局分割我的权利，所以我前面说毛主席最喜欢的一个名号，伟大的导师，他不仅仅要在世俗的权利控制你，而且在用精神的权利控制你，这样的话就构成了可以说给后来的中国社会建立了一个非常麻烦的基础，那么就在这个基础之下，法律职业可以发生吗？我们知道在这个过程中间我们过去有一种官员选任制度，我们可以看到官员选任过程，这些官员中国古典时代不存在一种分权体制，所以也就不存在一种我们今天意义上的专业的司法机关，专业的律师，我们所有的权利都是集于一人之身，比如说包拯他就是一个法官，但包拯是法官吗？包拯是什么？包拯不仅仅是法官，包拯相当于今天的开封市市长，市委书记，开封市人大主任，开封市法院院长，开封市检察院检察长，开封市公安局长，财政局长，开封市妇联主席，开封市共青团书记，所有的这些功能集于一身，我们才能够想象，包拯这样的一个人，他不仅是这样的一个综合体，他是综合的这样一个权利，我们今天满脑子装的都是西方那一套知识，而没有办法理解古典的东西，我们细看中国古典的时代，在官员选任方面，我们说官员有多方面的权利并不意味着行使多方面的一种职权，比方说他要裁判纠纷解决案件，我们都知道过去的包公要审理许多案件，事实上过去的官员，包括官府官员，总督类型的官员都要经常性的处理案件，处理案件的过程，他像是一个法官，我们要关注他所运用的一种知识，他是否有一种法律知识方面的思考，比如今天我们学法律经常要思考这个案件可能是要区分事实问题和法律问题，我们怎么进行所谓的法律推理，我们怎么去解释法律，法律为什么要有文意解释，为什么要有名词解释，我们怎么去保证同样的案件能够有同等的对待，所有的这些英美国家审案的过程，我们可以感觉到所谓 think

like a

lawyer，像法律人一样思考问题并不是一句空话，实实在在的要落实到具体案件的判决过程中，那么我们观察中国唐宋时代的古典社会，那个法官审判案件的时候，我们会发现那些官员在处理案件的时候，并没有今天我们法律要求的那种思维模式，这首先因为他们的知识不具备，那么科举考试要考察一个人的能力，并不考察一个人所谓的法律专业知识，在考察一个人的他的是否对于传统的一个经验烂熟于胸，对四书五经对它是否熟悉，随便抓出一句话来我们要写成很好的文章，这种文章写作也很艰难，大家觉得八股文是什么怪东西，八股文是很不容易写的一种东西，带着镣铐跳舞，你要把这些东西都要处理得妥当，写出这种文体，但是你要写的好，这样的一种写作状态，是让一个人文章写得特别漂亮，那么你要对于唐诗，你要有更好的诗词能力，写诗的能力，中国人啊真是这个民族非常独特，世界上没有哪个国家像中华民族，满国家全是诗人组成的一个国家，毛主席有个名号叫伟大的诗人，毛主席的诗词写的特别好，北国风光，千里冰峰，万里雪飘，那首词在重庆谈判的时候，报纸一发表，明眼人一看就明白了，蒋介石气数已尽，新皇帝已经诞生了，西方传教士来中国觉得中国人最奇怪的是他们之间见面打招呼都是这样打的：您最近可好？好的好的。最近写诗没有？就写两首。秀才人情纸半张。全国人民都会写诗啊，连女的也会写。不仅男的会写女的也会写，皇帝也写诗，乾隆皇帝是中国历史上最高产的诗人，他一辈子写了好几万首诗，这个一直传到今天，领导人也爱写诗嘛，现在的这个比方说登黄山诗二首，就说是作诗，我们从来没听说过克林顿诗二首，纽约时报刊登出来，还要入美国的小学课本。这种诗是中国人一直以来的传统，这种东西，比如说唐诗三百首，就是小学生也会吟，那么这种吟诗作画这套东西，是中国文化的一个非常重要的部分，大家知道诗的能力跟司法推理的能力之间是否有某种关联，这是我要提出来的一个问题，大家不妨想一想。那么书法的能力，写毛笔字要写得很好，考科举的时候你要是字写得难看，像现在我们大家都用电脑啊，搞的现在的学生我看那字啊写的越来越难看了，像我孩子我就觉得怎么会写得这么难看呢，怎么练的这个字，古人从小他们都要写毛笔字，因为将来做官，你要毛笔字不行的话不可能，就是说这条路已经断了，你再不行，你毛笔字不能不行。我们看至少毛泽东那一代的领导人他们的毛笔字拿出来都是很漂亮的，朱德啊，林彪啊，彭德怀啊，他们的字写的都不坏。但是现在的领导人字写的就都不成了。同学们你们以后当了地方官员，千万别叫领导人题字，而且像泰山那种地方居然也有人敢上去题字。也敢把自己的字刻上去，我觉得简直摧残中国的文化，如果字写的好也可以，如果字写的歪七扭八的，有些人觉得这个字还不错，像中国古人说的墨出要有力量。我们知道像这些东西能否让一个官员具有法律素养，很值得我们疑问的一个大问题，我们简短的说，大家可以想象这样一个社会，几千年来的制度，同学们也可以看一看我们古代的司法判决，这些官员做判决的时候，哪个因素会影响他的决策，他到底依据怎样的一种规则来判决一个案件，当一个人不具备法律专业方面的知识的时候，他最大的问题是到底依据什么，好，我自己准备一些古代这方面的判决案例，中国古代的官员判决案例的时候常常讲故事，他不是严格依照法律规律，大家都知道法律规则在古典时代也有，他们根本不是很认真的去解释这个规则，宋刑统里面规定所谓不孝，不孝之罪规定的许多构成要件，但是这个不孝之罪很可怕，不赦之大罪。包括父母在殴打，辱骂，你把老头子打了一顿，这是不孝。供养有缺，你自己剩了 5000 元钱，结果老头老太太吃不上饭。父母祖父母活的好好的，你为了回趟家，你跟老师请假说奔丧去，或者说父母祖父母已经死了，你说没事，然后还活的好好的，还唱邓丽君的歌，这个不得了，这东西都是不孝之罪。我发现在南宋的时候有一个案件，各种事实要件都具备了，但是硬叫这个法官解释来解释去的，最后就没事了，打了几大板子最后就没事了，不构成不孝之罪。我发现这个解释的过程中间，充满了变数，没有任何确定性，因为他利用资源不同，举历史上的案例，过去有一个什么人，他怎么好怎

么好，加剧了一种法官决策方面的依据不确定性，尤其是一般的所有物方面的纠纷，法官经常运用某种道德的力量来对当事人进行斥责，这个斥责过程，我们看到如果道德的力量夹在法律中间的话，可以说法律的确定就遭到了很大的破坏，前几年突然冒出来几个字，这个我不喜欢，什么叫以德治国，那个以法治治国还没落实，又要以德治国，在这样一个缺德的时代，要以什么德来治国，所以我不喜欢，最大的问题是道德这个东西有什么确定的东西，道德是大家内心对某种行为某种善恶的考量，这东西它能治国吗？我到南京去开会，师范大学门口正在搞拆迁，拆的热热闹闹，有那个大横幅在上面挂着，什么依法拆迁，以德拆迁，以德拆迁是以什么东西来拆迁，我真的搞不明白这是怎么回事，那么古典时代的法官经常涉足某种道德的力量，要给某些人斥责，这样一种东西又加剧了法律规则依据的不确定性。那么接下来，我们还将看到使它不确定的另外一个因素，刚才提到的那种诗话的语言，一个人做诗做习惯了他什么都要用诗一样的语言来说话，况且古典的语言本身就有一种内在的诗话的情调，中国古代语言是一种方块的，这种方块的字很有研究，它跟西方的语言不太一样，大家走到哪都可以看到一个文物古迹的地方会有对联，昆明这个地方五百里滇池，诉千年往事更上心头，哪都能看到对联，中国人做对联已经成为一个非常好的习惯，陈寅恪教授经常和他的弟子聊天，那个对联非常的好，跟他的学生们说我给你们送一副对联就是说你们的，南海圣人再传弟子，大清皇帝同学少年，他的两位同事给解释了，说南海圣人再传弟子就是说你们康有为的再传弟子，因为你们是梁启超老师的学生，所以你们是南海圣人再传弟子，同时你们也是王国维的学生，王国维是什么人，他是皇帝的老师啊，所以你们是大清皇帝的同学少年，这是中国语言，这种东西很流行，同时也影响到我们整个的决策，使得我们的官员在决策的时候经常也不能摆脱这样一种语言的束缚，他毕竟要运用到这样一种语言，我们后来诗也很讲究对仗，西方语言没办法对仗，它只能是暗对，就是说意思上是对仗的，文字怎么对？它这个语言长长短短是不齐的，不仅歪歪扭扭的，那怎么对啊？对不下去啊，歪歪扭扭地写个对联你们都莫名其妙嘛，但是我们汉字可以做对仗，这种对联思想，很影响到中国古代官员的一种决策思想，使得我们在决策的时候表达的载体都是运用这样一种语言这样一种风格，乔太守乱点鸳鸯谱，不就是这样一种经典判决吗？除了文学作品外，真实这样的案例，也有这样的判决，清朝的时候，有个官员叫于成龙，于成龙当年在广西罗县做县令的时候，就遇到过这么一个案件，他就对这个案件做了一个判决，这案件就像梁祝那种类型的事件，反正就是冯家有个女儿叫冯婉姑，他父亲为了让她接受良好的教育，就给她请了一个家庭教师，叫钱万清，这两个人一来二往就发生了感情，然后两个人终于到了私定终身的地步，她父亲坚决不干，把自己的女儿嫁给一个穷教书的，然后就硬让女儿嫁给一个纨绔子弟，然后冯宛如不愿意，非要和老师结婚，最后出嫁那一天，威逼利诱之下不得不嫁给那个纨绔子弟，但是一下轿子，就从自己的袖口摸出一把剪刀，朝着脖子就捅了一刀，想干脆死了算了，结果被众人救下了，最后被众人送到于大人的衙门里了，于大人一听说这个事件以后挺感叹的，当时就把纸一铺就判决书就做出来了。当然很奇特，但也是事实。于大人作的判决，宣布恢复冯宛姑和钱万青两个人的婚姻关系。然后还亲自给定下了明年结婚的好日子。作了一下月下老人的工作。这个判决被流传下来了。进入了清明妙判集。确实是写的很漂亮这个判例。我给大家朗诵一下这个前半段。看一下中国古人是怎么判决案件的。“关雎咏好逑之士，周礼重嫁娶之仪。男欢女悦，原属恒情；夫唱妇随，斯称良偶。”看，马上婚姻的基本原则就出来了。多么美的文字。然后接下来，主人公出场了。“钱万清誉擅雕龙，才雄倚马；冯宛姑吟工柳絮，夙号针神。初则情传素简，频来问字之书；继则梦隐巫山，竟做偷香之客。以稀席之家宾做东床之快婿。方谓晴天不老，琴瑟欢偕。（长时间的掌声）”像听梁祝一样的，爱情的美好，真是很美啊。“谁知孽海无边，风波突起。彼吕豹，变者，本市井无赖，好色登徒。（笑声）”人家就是想娶个姑娘，怎么就成了好色登徒了？“恃财势之通神，乃因缘而作和。婢女无知，中其狡计；冯父昏聩，竟听谗言。遂令彩凤而随鸦，乃使张冠而李戴。宛

姑守贞不二，致死靡他。挥颈血以溅凶徒，志岂可夺；排众难而诉令长，智有难能。”这样的判决书都是用一种诗人一样的文字。大家在听的很愉快的同时，是否想过对当事人有什么影响么？或者说其内在是否有一种逻辑的内容呢？像任何的司法判决一样，都有一定逻辑的运用。法律条文的运用作为一个大前提，案件的事实作为一个小前提，根据一定的推理过程，严格地按照一定的逻辑作出相应的判决。法律面前人人平等，转化为另外一种语言就是：同样的事情同样地对待，然而怎么样做到同样的事情同样对待呢？这可不是说说就能解决的问题。我们必须要有一系列非常复杂的制度安排。这就涉及包括官员知识的要求，他的语言和逻辑之间的一种关联，然后才能使得一个人昨天怎么判，今天还怎么判。这样才能真正作到法律面前人人平等，不至于深一脚浅一脚，月朦胧，鸟朦胧。可惜的是我们两千年的中国社会就是这样一种月朦胧，鸟朦胧的判决。我们中国的老百姓，到官府去告状的时候，何曾有过所谓的确定性？案件的处理依照什么东西，我们不知道。就依据故事，中国的历史上故事多了。官员喜欢这边，就引用这边的故事，喜欢那边，就引用那边的故事。那么官员这样的一种语言本身就是反逻辑的。中国社会两千年前曾经有过好逻辑的人，比如说，公孙龙啊，邓析啊，他们比较喜欢逻辑。什么“白马非马”啊。邓析先生不仅自己研究逻辑，而且还招了一些学生，在家里学习法律，学习辩论，研究怎么跟人家辩论。今天你站在原告的立场，他站在被告的立场。明天在换个个。看怎样把对方辩倒。大家知道，现在美国人现在就这样的培养律师。都是这样一种姿态。想方设法地想要取悦于法官，但是又不能露痕迹，不能让法官觉察到你在讨好他，不这样不好，这样太过份啦！这样说法也不好，一个女律师，要显示出自信，不要还没说话就显得语气不足，但也不能表现出咄咄逼人，要显得很放松，美国人经常这样去选择自己的律师，这就是为了在法庭上取得主动权的问题。邓析先生当年的辩论模式，就是为了支架逻辑，就象英美国家的法庭，一位历史学家唐德刚说过：英美国家的逻辑之所以特别发达，在一定程度上是因为他们的法庭特别强调逻辑。在西方国家，无论是英美还是法德，这些国家法庭上的律师都是逻辑学大师，在辩论案件的时候，只要他的理由在逻辑上站得住脚，管他的天理人情，一概胜诉不二！但是我们中国的历史，就是一部不讲逻辑的历史，我们孔子的徒弟们，最不喜欢的就是写蓝格子的邵兴师爷，最不喜欢的就是整天讲逻辑的人。那些青天大老爷判案，判得好的天理人情国法俱在其中，判得不好的就满口革命大道理，连起码的逻辑都不讲。这是我们一个繁荣了两千多年的伟大国家，一个很大的问题。我们今天讲法律职业在今天这个时代的使命，而我今天晚上之所以花这么大的篇幅在谈历史，其实，我们法治现代化进程中，不仅仅是面临这一种这样的现实制度给我们的挑战，或者是说给我们带来的麻烦和困难，我们也是在和历史的风车作斗争，我们是在和这两千多年来的非常庞大的传统职业斗争，所以法律职业在今天这样的一个环境之中，是一个新兴的职业，我们是由于学习了西方，才有了这么一种职业，我们曾经的历史上不存在象金老师这样的老师，没有法学教师，没有法律学校。今天我们有了这样的学校，这样的职业。为了使我们的法律人才更加职业化，我们也有了诸如司法考试这样的一系列的制度。但是我们埋葬了历史，但是历史却在坟墓中统治着我们。我们时常感觉到这样的社会，人们的文化观念，都在影响着我们整个的法律人及我们对法律的理解、对法治社会的理解。有一个很简单的结论那就是：没有一种伟大的价值追求的法律职业群体，我们就不可能有一种真正意义上的法治社会。所谓的法治社会，还是依法治国，不过是让法律职业者依据他们的专业知识去解决重大的社会问题。来解决社会主义市场经济中，诸如交易等方面的问题。我们需要一种统一的专业化的知识来调整它，或者说用我们的专业知识来塑造它。正因为我们处于这么一种现状，我们追求法治的行动急不得，不能幻想三脚两拳就把一切旧的固有的打倒。我们在这个时候也许需要更多的耐心，需要一种坚韧不拔的精神。这就是我今天讲座的内容，谢谢大家！（长时间的掌声）

上传时间： 2004/12/5　　文章来源：法律思想网

周叶中教授事件及其他（修订稿）

by 贺卫方

一、小引

自从王天成先生揭露周叶中教授和戴激涛女士的著作《共和主义之宪政解读》涉嫌剽窃的文章发表以来，我个人一直关注网络以及平面媒体上的各种报道和评论。周教授担任中国法学会宪法学研究会副会长，又是武汉大学学位委员会副主任，研究生院常务副院长，还是最新一轮"十大中青年法学家"称号获得者，其著作出现这样的问题理应受到法学界的高度关注。我个人也曾与周教授有过几次会议上的交流，虽然谈不上熟悉，不过作为相识的同行，也不免有些特别的留意。为了了解一些情况，我甚至专门买来了这本书，粗粗看过，觉得其中不只是王天成提出的引文应注不注的问题，其他涉及学术规范化的问题也不少。不过，尽管网络上热闹非凡，甚至有网友还鼓励我对此发言，但是我还是有些迟疑。主要的原因是我希望也相信周教授能够主动出面作出解释和道歉，这样就不仅解决了问题，而且也为学术界挽回了一点的损失。周教授在书的后记里表达了对于批评的欢迎态度，他说：

由于水平所限，时间紧促，不当乃至错误之处在所难免，我们真诚地期待广大读者和专家们的批评和建议。因为我们坚信：没有大家的批评，我们就很难正确认识自己，也就不可能真正战胜自己，更不可能超越自己！

这话说得多么响亮，甚至有些过分掷地有声了。然而，令人遗憾的是，周教授仿佛是好龙叶公，当真的批评出现的时候，他却不愿意出面解释，也不道歉。不仅不解释不道歉，反而推卸责任。更有一些无从查考其身份的网友在网上对于揭露和批评者进行肆无忌惮的攻击和谩骂。周教授呢，我们只是在天涯社区的"关天茶舍"里看到了一位用"周叶中"三字登录的作者发出了八个字的回应："不予置评，清者自清。"这样的态度实在是强硬得很。我曾经在那个社区的"法律论坛"里回应网友时说：这起事件的事实已经相当清楚，还是表达了期盼周教授道歉的心情。不过，或许因为我以近乎实名的"守门老鹤"（几个网站论坛上的网友都知道这是我）署名发表的几则议论引起了一位网名叫做 university 的人极度不满，在世纪沙龙的"世纪学堂"版上，他发出了一个呼吁我辞去《中外法学》主编职务的帖子，一方面对我攻击，另一方面也有转移网友视线的效果。更好笑的是，他居然指责我和杨支柱先生在策划这起事件。[1]这样毫无根据的说法以及若干 id 的胡搅蛮缠反而让我对于此事发表意见的想法变得更加坚定，就写了这篇评论，希望能以此就正于学界，当然也包括周叶中教授本人。

二、抄袭王天成的事实

值得关注的是，跟往昔知名学府里所发生的剽窃事件相比，这一次平面媒体保持了奇怪的沉默。只有《中国青年报》和《中国经济时报》作了采访报道，但其中周教授以及人民出版社都语焉未详，太极拳术多于真诚说明。不过，经过这一段时间的网络讨论，涉及到剽窃王天成文章的大致情节也已暴露得差不多了。可以初步确认的事实有这样几点：

（1）

这本书是在周教授的学生戴激涛的硕士论文基础上写成的。戴本人现在是周门下的博士研究生；

（2）

王天成先生列举的资料表明，本书袭用了王几篇论文中的 36 处四五千字的内容，正文没有加引号，也没有注释表明其为引语，足以造成其为作者原创的误导；[2]

（3）　　除了文字上的相同外，据王天成的文章，这本书的主要思路也来自王文；

（4）

据周教授对《中国青年报》说：书稿交到出版社时是保留的注释的，但是出版社却以王有特殊背景为由要求必须删除，先是作者自己删，后来出版社又把未删尽的都给删除了。当然，所谓删节看来只是删去了注释和引文本来应该有的引号，却没有将引文本身删去，其中个别表述有所改变，显示作者或编者有掩饰的意图；

（5）

书出版于 2005 年 9 月。出版后，作者与出版社均未对于这样的处理向王天成作出主动的说明。

不过，至今仍有一些情况不甚清楚。例如，由于人民出版社至今未对此事作出正式回应，所以，所谓该社要求删除王的名字的说法仍然只是一面之词。网上有人指出早在戴激涛的硕士论文上，对于王的文字引用或抄录就没有加注。[3]如果情况属实，即作者提交的原稿就已经将王的痕迹去除了，人民出版社就蒙受了不白之冤。可是，为什么该社不出面作出澄清呢？这种“周瑜打黄盖”的情形背后又暗藏着怎样的玄机？当《中国青年报》记者致电周教授了解事件原委，周回答：“此事‘如果说有什么不好的话，跟我们作者一点关系没有’，‘不仅跟第一作者，跟第二作者也没有关系’，‘我们完全遵循的是学术规范，没有任何问题。’”接下来的问答也是十分明确：

“那么删除工作是您来做的还是出版社做的？”记者追问。

“我为什么说跟我们没有关系呢？”周叶中这样回答。

“是在得到您允许的情况下删除的吗？”记者再问。

“我前面说我们没有责任，你想想还会是怎么样呢？肯定是在我们不知道的情况下。”周教授说，“作者肯定没有责任。”[4]

如此一来，我们真的如坠五里雾中了。

三、王天成之外还有多人遭抄袭

现在看来，周教授的辩解明显是谎言，因为王天成之外，又发现一些作者在本书里被剽窃，也没有任何注释标志。不久之后，该书作者之一戴激涛剽窃北大哲学系本科生毛帽论文的事实又被揭露。在“世纪学堂”里，一位网友指出戴发表的另一篇论文“从公民美德说开来

——西方共和主义传统对中国宪政建设的一点启示”剽窃了毛帽论文的事实（包括毛文错误也被戴照抄不误的情节）。[5]经过我的核对，发现这段文字居然又原封不动地被搬进入了《解读》一书。[6]

毛帽恐怕不能说是因为特殊背景的原因而删掉的吧。接下来，如果有足够的耐心，我们还可以发现更多。例如这一段——

《论革命》则集中深刻地阐述了阿伦特的自由宪政共和主义思想。她将“革命”称之为“自由的深渊”，自身有着难以逃脱的悖论，她称之为“自由的深渊”。一方面，革命意指砸碎枷锁、推翻旧体制；但是另一方面，革命同时意味着要建立新的秩序，而且通常被说成是“前所未有”的“新天新地”。对于革命者来说，它所带来的一个难题是——当革命推翻旧体制而着手建立新体制时，革命者如何继续保证它的最初的原创性？经常出现的情况是革命者最终变成了吞噬自己子民的恶魔。比这个问题更为难解的是，由不受既定传统束缚、揭竿而起的革命所建立起来的政权，如何说明自己的正当性与合法性？解决的办法往往是赋予这个新的创制一种更高超、更绝对的根据，这个绝对根据可以是古代的“圣人”、“伟大的立法者”、“自然法和自然法的上帝”（民族的“普遍意志”），但以权威之外的权威来解释其正当性，这无疑是一个恶性循环。[7]

试对照崔卫平教授的文章“汉娜?阿伦特主要著作简介”中的一段——

《论革命》（On

Revolution），1963 年出版。这是阿伦特一部重要的政治理论著作，表达了她“自由宪政的共和主义”思想。首先，阿伦特分析了在“革命”这个人类创造性活动中所包含的难以逃脱的悖论，她称之为“自由的深渊”：一方面，革命意指砸碎枷锁、推翻旧体制；但是另一方面，革命同时意味着要建立新的秩序，而且通常被说成是“前所未有”的“新天新地”。对于革命者来说，它所带来的一个难题是——当革命推翻旧体制而着手建立新体制时，革命者如何继续保证它的最初的原创性或自由发挥力？经常出现的情况是革命者最终变成了吞噬自己子女的恶魔。比这个问题更棘手的是，由不受既定传统束缚、揭竿而起的革命所建立起来的政权如何说明自己的正当性？从什么样的资源可以取得它的合法性论证？解决的办法往往是赋予这个新的创制一种更高超、更绝对的根据，这个绝对根据可以是古代的“圣人”、

“伟大的立法者”、“自然法和自然法的上帝”（民族的“普遍意志”），但以权威之外的权威来解释其正当性，这是一个恶性循环。[8]

照例是没有任何注释表明这段话是来自崔卫平。当然，近乎“惟妙惟肖”的抄袭中也做了些许文字改动，其中的第一句是一例，结果却容易引起误解，仿佛《论革命》是某位作者写的阐述阿伦特宪政共和思想的一本书。另一例是把“革命子女”改成（或误成？）“革命子民”，一字之差，简直可以说是把共和国复辟成君主制了。

近年来热心研究政治和法律哲学的高全喜教授也不能幸免于被抄。《解读》论述维罗里的共和爱国主义，有这样的解说：

美国普林斯顿大学教授维罗里（Maurizio

Viroli）另辟蹊径，从共和主义的视角阐发了爱国主义，……维罗里通过他富有创建的分析研究，区分了两种爱国主义，即民族主义的爱国主义和共和派的爱国主义。在维罗里看来，共和派的爱国主义是对共和国及共和国公民的普遍且强烈的热爱或博爱。用经院思想家 Ptolemy

of

lucca 的话来说，对祖国的爱应该来自于博爱，即那种将公共事业放在私事前面的精神。“在共和派理论家眼里，共和国是一种政治体系和生活方式，也就是说，是一种文化。例如，Machiavelli 就曾用‘love

of vivere

libero’来描述人们对其共和体制以及基于这些体制之上的生活方式所表示的深爱。与他同时的其他共和党人则将共和国定义为‘一种特殊的城市生活方式’”通过研究共和派的爱国主义，维罗里认为，对祖国之爱凝聚着对正义与理性原则的认同与尊重，实际上是一种理性之爱，与其说共和国公民对祖国的热爱是对这个国家的种族、土地和文化的热爱，毋宁说是共和国公民对于这个国家所赖以建立的法治秩序、公共利益、自由平等原则的热爱与崇信。[9]

这一段概括得很好的话渊源有自，正是高全喜教授关于民族主义的大作，我们看——

谈到共和主义对于政治国家的重大影响，美国普林斯顿大学教授维罗里（Maurizio

Viroli）另辟蹊径，从爱国的角度展开了他有关民族主义的论述……维罗里通过他富有创建的分析研究，区分了两种爱国主义，即民族主义的爱国主义和共和派的爱国主义。在维罗里看来，共和派的爱国主义与民族主义那种对于祖国和国家的无条件效忠不同，他的爱国主义“是对共和国及其公民的一种普遍并且强烈的热爱或博爱。用经院思想家 Ptolemy

of

lucca 的话来说：‘对祖国的爱应该来自于博爱，即那种将公共事业放在私事前面的精神。’”维罗里通过他的研究指出，这种爱国或祖国之爱是尊重正义与理性的原则，又可称之为理性之爱，其对共和国的热爱与其说是对这个国家的种族、土地和文化的热爱，不如说是对于这个共和国所赖以建立的法治社会、自由权利、公共秩序的热爱或崇信……[10]

细心读，你会发现，与高先生原文相比，《解读》一书插入了几句涉及马基雅维里的话，而且也在注释里标明了出处，即三联书店 2000 年出版的载有维罗里论文“共和派的爱国主义”的《公共理性与现代学术》，好像作者还是有自家读原著得来的东西。然而，遗憾的是，就是这段插入语也是从高先生那里抄来的，只不过是把注释里的文字搬进了正文而已。[11]

如果我在北大的同事、在政治哲学领域相当有建树的李强先生翻过这本书的参考书目，也许会感到失落，因为它居然没有列举他的任何一篇文章或著作，但是别急，这书里也有他很熟悉的文字：

美国的总统拥有广泛的行政权力，他可以任命政府官员、各部的行政首长，他可以对任何重大事务独立作出决定，他可以听取公众的意见，也可以不听取。美国参议院的设计，很大程度上借鉴了古罗马的元老院，甚至于美国参议员都自诩为加图、西塞罗。他们地位极高，非常自信，既不怕总统，也不在乎选民。故而，美国“宪政的实质，是政府权力和独立的法院审判权的平衡，美国宪政的根源可经由英格兰历史而追溯至古代罗马。”美国从全国各州中选择出的参议员具有丰富的知识文化背景和良好的道德楷模作用，实质上是“没有贵族制度的贵族”。美国众议院的众议员主要起到反映民意的民主功能。[12]

上面这段话来自李强教授于 2003 年 11 月在北京大学第五届学术文化节开幕式上做的开场学术演讲，这篇题为“超越大众民主与威权主义”的演讲稿中间谈到美国政体的特色，我们可以把李强教授的话与上文做个对比：

在美国，总统的地位相当于罗马的皇帝。当选的总统拥有广泛的

legitimacy，他可以任命阁员，可以任命各部的行政首长，这些行政首长向总统负责；总统完全可以对任何重大事务独立做出决定，他可以听取公众的意见，也可以不听取；在美国，假如民意测验表明 90%的人不赞同总统做一件事情，在不需要国会批准的方面，总统可以照做不误。……美国参议院的设计，实际上在很大程度上参考了罗马的元老院，罗马的元老院叫 Senate，美国的参议院也叫 Senate。我曾经在一篇英文文章中提到，美国每个参议员都自诩为加图、西塞罗。因为，我们要知道，美国的参议员往往在任的时间很长，有的一直当到 70、80 岁，差不多当一辈子；他地位很高，他非常自信，他既不怕总统，也不在乎选民。我后来学了罗马宪法的时候才知道，原来美国参议院在设计的时候，就有意仿照罗马的元老院。美国从全国各州中，选择出这几十个参议员，他们具有相当强的道德楷模作用，具有相当强的知识文化背景，他们相当于没有贵族制度的贵族。我们要理解参议院的本质。当然了，美国还有众议院。众议员任期两年，反映民意。[13]

为了避免过于露骨地抄袭，《解读》的作者在李强教授的文字中间引用了麦基文《宪政古今》里的一段话，但是却显得那样的突兀，因为那段话只是强调美国政体中行政权与司法权之间的平衡及其与英格兰和古罗马之间的历史关联，《解读》的作者完全忽略了，在这段插入引文的前后，李强讨论的都是美国参议员的问题。半路杀进一个麦基文，把文脉给硬生

生地斩断了。

我已经没有耐心再查找和核实下去了。大致上，阅读本书时觉得写得理论脉络较复杂，或者修辞风格独特的段落，就很有些可疑。无论如何，王天成不是一个孤证，这本书不是仅仅因为他身份特殊而删去引文出处是可以定论的，本书构成严重剽窃也是确凿无疑的。另外，抄袭了他人著述只是本书问题的一个方面，涉及到引文的另一个很大缺陷在于相当多的引文只是“拿来主义”，只要表面看来支持自己的观点就引来堆上，完全无视某些类似话语之间存在着的深刻差异甚至矛盾。结果，我们在书中看到的奇妙景观是：“老马”共“海克”一色，润之与老蒋齐飞。[14]这也许是因为本书大部分内容是硕士学位论文，作为硕士生的戴激涛学术上还相当稚嫩的缘故吧。

四、合作作品？

跟学术规范化相关的另一个问题是，这本书真正的作者究竟是谁？或者说，这部周教授作为第一署名人的作品是真正的二人合作，抑或周仅仅是挂名人。从网络上有人列出的戴的硕士论文题目（“古典共和的宪政解读”）和目录看，戴的论文侧重讨论的是所谓古典共和主义，不过，仔细对照硕士论文和《解读》一书目录，结果发现全书只有第一章第三、四节，第四章第三节的局部有所不同，其他只是标题措辞有一些变化而已。例如硕士论文第二章标题为“古典共和与当代宪政的契合”，书的第二章改为“共和主义与宪政之契合”；第三章原论文标题为“古典共和的宪政价值”，出书时改为“共和主义之宪政价值”，章下各节以及节下四级标题则完全一样。由于我无从看到戴的硕士论文，对于其中究竟多少内容是完全从学位论文中搬来，多少是出自周教授的笔下，就难以判断了。

之所以提出这个问题，是因为事关学者的职业伦理。如果自己没有实质性地参与构思和写作，仅仅因为导师的身份而署名出版，就构成了学者的一个不端行为。挂名者不劳而获，攫取了本不属于他的利益，而且也通过这种攫取而获得更多的延伸利益，如科研成果统计、获得奖项等。当然，这类行为往往也是“周瑜打黄盖”，表面上的受害者实际上也会从中获得不正当的利益：如果没有周教授大名在前，戴的一篇在硕士学位论文基础上扩充而成的作品是无论如何不可能进入这套“法学名家经典系列丛书”的。一个硕士生就能写出“法学名家经典”，这是多么值得自豪和炫耀的成就！

五、学者的独立性问题

还有一个深层次的学术规范化问题在于，本书相当多的论述不具有学术的意义，或者说只是政治宣传而已。这样的问题在第四章（“宪政中国的共和之道”）里表现得尤为突出。例如，作者在“坚持和完善人民代表大会制度”一节下这样说道：

我国的全国人大和地方各级人大，是最适合于人民当家作主、管理国家的组织形式。我国人民代表大会及其常委会审议、决定问题的一个特点是，除了在充分讨论的基础上进行表决外，代表之间和委员之间经常有沟通和协商。这是由于人民内部的具体利益虽有差别，但其根本利益是一致的，通过交流和协商，既能够把不同地区、民族、阶层的共同意愿集中起来，又能够反映和协调各方面的特殊利益，达到统筹兼顾，把广大人民的意志和力量凝聚在一起，这就极大地彰显了共和精神。[15]

下面又谈到党的领导与人大制度之间的关系：

问题的关键是做好坚持中国共产党的领导、人民当家作主和依法治国有机统一这篇大文章。中国共产党的领导是建设中国特色社会主义事业的保障，人民当家作主是社会主义民主政治的本质要求，依法治国是中国共产党领导人民治理国家的基本方略。坚持中国共产党的领导，必须转变和改善党的领导方式和执政方式，坚持党在宪法和法律范围内活动，以人民代表大会为党依法执政的制度平台……[16]

这样的论述读起来是那样顺畅，完全是官方报纸社论式文体，没有一句“错误”的话。然而，却经不起深究，也没有学术上的价值。为什么人大就最适合人民当家作主？其他制度为什么就不适合？“充分讨论”？每年开十多天的会，那么多代表，就算每天都讨论，平均下来每人只有寥寥几分钟，怎么能说是“充分讨论”？连人大代表和常委都抱怨讨论和交流不够，学者如何可以说这种大洋洋的话？“人民内部”？这样似曾相识的表述让人依稀回到阶级斗争的时代。有了“人民内部”，是否还有“敌我之间”？人民的根本利益是一致的，可是什么是根本利益，什么是具体利益？谁来解释其中的分别？解释上出现冲突怎么办？后面一段所说的也是套话。所谓人民当家作主，既然人民是主人，但是又是在党的领导下，究竟谁是主人？党在宪法和法律范围内活动，作者是否想过，依据法治国家的基本准则，一个组织如果不具有法人身份或资格的话，它是否可能在宪法和法律的范围内活动？党以人民代表大会为依法执政的制度平台，为什么不以政府或法院为执政的制度平台？为学之道，贵在不疑处生疑，贵在学者的独立性和批判精神，而在这里，我们完全看不到这些。而且，那样的官方话语，跟前面几章里频频引用的一些西方话语之间存在着太多的矛盾，显示出作者身份或角色上的深刻冲突，也表明了当今宪法学术的最大缺陷。

周教授在这个问题上似乎有他的看法。根据一家报纸对他的描写，“在周叶中看来，虽然有学者主张学术应该同政治保持距离，但刻意远离政治的学术，不愿意面对政治的所谓纯粹学术，很难说有多大的生命力。”[17]这样的话，仍不免有似是而非的嫌疑。学术与政治之间当然需要保持距离，这是学者与政治家或政客之间最重要的差异。学者当然不必刻意回避政治，社会科学领域的学者甚至必须经常直面政治。关键的问题在于，学者即使是对政治事务发言，也必须从学术的立场上发表独立的见解，而不是丧失立场，成为政治家言说的简单注释或“回音壁”。在涉及到政治的问题上，学者容有不同的观点，也可以相互争论，不过，大家都需要尊重学术讨论所必须遵循的基本规则，例如，不应把政治家的言说作为论证的前提，所进行的论证要建立在学术界认可的资源的基础上。学术研究只有遵循学术自身的逻辑，才能够具有真正的生命力。没有生命力的，恰好是那种丧失独立立场的“跟风”或趋炎附势的所谓学问——趋时的代价就是容易过时；政治话语一变，学者就闻风而变，这样的所谓“学术”又有怎样的价值？不仅如此，这种“紧跟”式学问还必然引发其他一些弊端，例如导致学术话语纯粹性和独立性的丧失，引起言说自身逻辑的混乱，分裂学术共同体，由于跟政府话语的重叠使得丧失建设性的同时又误导政府，以及降低学者社会声望（包括在官员们心目中的评价）。当然，这里强调的独立性和批判性都不意味着学者必然要与官方话语相对立，只是强调，作为社会分工的需要，学者应当给社会贡献独特的知识和智慧，而不是人云亦云。

六、人民出版社

前面我们对于这家出版社没有任何回应表达了不理解，现在我还是希望作为一方当事人，

人民出版社能够对有关情况作出说明。当下政府决策都讲究透明，一家出版社出了这么大的娄子，一味地采取鸵鸟战术是搪塞不过去的。

除了这本书出现的问题外，这里还要提出的另一个问题是，人民出版社出版这样一套丛书是否适当？应该说，这样一本剽窃、拼凑之作能够在这家全国最高层次之一的出版社出版本身就已经是不可思议的了，而且居然打出了“法学名家经典系列丛书”的招牌。文革之后中国法学的恢复和缓慢发展尚不到三十年的时光，尽管学界作出了相当艰巨的努力，但是，总体来说，法学还处在相当不成熟的阶段。坦率地说，我们的学术积累还不足以成就一部原创的法学经典。当然，这也不能完全怪罪法学界，因为一国法学的发展离不开这个国家法治的环境。在法治基础尚未奠定的国度里，几乎不可能有一流的法学著作诞生。这一点是法学与其他人文学科甚至某些社会科学（如社会学、人类学等）不一样的地方。正因为如此，人民出版社出版的汪子嵩、范明生等先生的《希腊哲学史》乃是经典，孟广林教授的《英国封建王权论稿》也可能成为这个领域里的一部经典，但是，法学的经典或许再等十年考虑不迟，虽然我们并不否认今天的一些法学著作可以对国家的法治建设有重要的推动作用，或者为将来真正的经典问世起到孕育和滋养的作用。

一个时代文化状况差不多可以通过出版品来衡量。健康的文化秩序并不意味着所有的出版社都出好书，但是，那些得到公认的一流出版社一定只出一流的出版品。这也是为什么在一些发达国家里，人们买书很“认牌子”的原因。最好的大学出版社，以及一些名牌非大学出版社，例如在法学领域里，像英国的 Butterworths，美国的 Little,

Brown, and Company，出版物范围更广的 W.W. Norton &

Company，日本的有斐阁，等等，可以说是凡书皆上品。如今我们的文化状况混乱的标志之一就是没有哪一家出版社是可以信赖的。这套名号很大的丛书不过又一次验证了这个定律。

七、几句结语

我写这篇文字，心情并不轻松。我可以想见，尽管周教授作了很强硬的表态，不过，在这种物议纷纷的情况下，他和那位合作者一定承受着巨大的压力。在王天成以及其他网友发现的剽窃事实基础上，我又查找出前面这些新证据，证明所谓“我们完全遵循的是学术规范，没有任何问题”的说法是完全站不住脚的。开头我曾经说，是否写这篇文章很犹豫，是因为在期待着周教授主动道歉，化解危机。不过，其他因素也是不能回避的。例如，在我们这样一个倡导“多栽花，少挑刺”的文化氛围里，对同行学者写这样的激烈批评文章会带来的对方的心理反应和某些延伸的后果。不少朋友看到我在网上那些只言片语，已经规劝我不要介入这样的事情里，以免得罪人。不过，我在网上身份早已暴露，而且一开始就没有打算隐瞒，如果说得罪的话，那么已经是得罪在先，跟这篇文章是否发表已经没有多大关系了。而且，写到这里，文章所揭示的问题已经不仅仅涉及一起孤立的事件，引而不发是不可能的了。

只是我还是在想象，这篇文章究竟能够带来怎样的影响。我们已经确定了本书剽窃和拼凑的事实，而且事发后周教授本人的确没有道歉，也没有承担任何责任。不过，我还是希望人们能够把这起事件置于中国学术界的大环境中作出评价。如果容我大胆假设，本书基本上是戴激涛的毕业论文之上再增补若干文字而成，周作为导师审查不严，而且贸然挂名，使该

书得以出版，构成了双向的“不当得利”，侵犯了王天成以及若干学者的合法权利。因此，所有的过错都需要两个作者分担，甚至周应当承担主要责任，这不仅是因为他是第一作者，更因为学生学风不轨，也是导师教育不够使然。但是，揭发问题的目的绝非要把人置于死地。我们这样一个发展中国家也只能有一种发展中学术，[18]而法学更是发展中的欠发达领域，学术规范还在逐渐摸索中，出现一些问题算不上是反常。周叶中教授是一位年轻的学者，他过去的成绩表明他是有才华的，他的年龄预示着汲取教训和严谨治学之后不可限量的学术前途。容许我不避自我托大之嫌，表达自己作为同行的希望，期盼着周叶中教授和戴激涛同学能够公开和诚恳地道歉并说明事件原委，同时也期盼被侵权者能够以宽恕的精神、共和的美德与周和戴达成妥协，圆满地解决这一问题。

“没有大家的批评，我们就很难正确地认识自己，也就不可能真正战胜自己，更不可能超越自己。”

我们期待着这种认识、战胜和超越。

2005 年 12 月 26 日凌晨初稿

2006 年 1 月 13 日修订

[1]

http://www.ccforum.org.cn/viewthread.php?tid=34358&extra=page%3D3。

[2]

本条和下一条均参见王天成：“博导还是‘博盗’——评武汉大学教授周叶中等的剽窃问题”，http://www.acriticism.com/article.asp?Newsid=7157&type=1001。

[3]http://www.tianya.cn/new/publicforum/Content.asp?strItem=no01&flag=1&idArticle=201543，署名 seayan 网友 12 月 1 日帖子：“周叶中等人辩解是人民出版社的编辑删掉了《共和主义之宪政解读》中有关王天成的注释，与作者全然无关。但是，从这本书的蓝本－－戴激涛硕士论文《古典共和的宪政解读》（指导教师周叶中）看，行文中根本就没有一个王天成的注释，全是大段大段地抄袭王天成的著述。”

[4] 《中国青年报》11 月 30 日包丽敏采访报道。

[5]

http://www.ccforum.org.cn/viewthread.php?tid=34994&extra=page%3D1

[6] 《解读》页 131。

[7] 《解读》页 57-58。

[8]http://www.new-youth.com/model/luntan/view.asp?article_id=4809195&bankuai_id=1534&page=1&ismaster=1

[9] 《解读》页 72-73。

[10]

高全喜："对民族主义的一种自由主义考察"，《大国》第一期，北京大学出版社 2004 年，引文见页 145-148。高全喜未译出的"卢卡的托勒密"，"Lucca"首字母应大写，高文未大写，本书也依样画葫芦。

[11] 高文页 144，注释 15。

[12] 《解读》页 88-89。

[13]

http://ggglxy.blogchina.com/blog/641924.html。这篇演讲的修订稿刊载于《大国》第三期，北京大学出版社 2005 年版。

[14]

在书中，马克思与哈耶克（台湾旧译"海克"）都成了宪政主义者（参见页 179），完全无视马克思的共产主义社会是没有法律或宪政的，也无视哈耶克以一贯之的对共产主义的批判。又，书中引毛泽东的话："真正的宪政决不是容易到手的，是要经过艰苦奋斗才能取得的。"接着就是这样的话："确实，回顾中国百年宪政史，'没有一个国家的宪政像我国的宪政这么多灾多难。那就是，在国难重重中酝酿和准备宪政，在炮火下制定和实行宪法。'"（页 195）这后边的引文来自台湾宪法学家马起华，引用者是否想到，马起华所谓炮火中制定和实行的宪法正是毛泽东所必废之而后快的 1947 年宪法，他所谓"多灾多难"是包括那"埋葬蒋家王朝"和旧法统的隆隆炮火的啊。

[15] 《解读》页 223。

[16] 《解读》页 224-225。

[17] "周叶中的宪政理想"，《湖北日报》2005 年 2 月 17 日。

[18]

参看唐德刚：《胡适的自传》，第十二章注释[1]，《胡适文集》卷一，北京大学出版社 1998 年，页 434-437。

上传时间： 2006/1/17 文章来源：法律思想网

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

网友评论发表评论>>只显示最新 10 条。评论内容只代表网友观点，与本站立场无关！

『张敏』于 2006-4-12 22:17:00 发表评论：

就冲老贺的名头来的，没看文章之前我想说：最近我们还听说类似的事情还少吗？为什么会出现这么多有失诚信的事情？我是名学法的大 3 学生，我看到这样的事件，只有两个字“厌恶”

我想我们中国人为什么不能抛却一些我们民族性的圆滑，世故呢？坦诚一点，简单一点做人，这为什么会这么难？

『武林秀才』于 2006-4-4 10:33:00 发表评论：

贺教授的评论可以看的出很全面，各个涉及到的当事人或有相关联系的人都作了评析．我感觉，作为法律学界的知名人物或某种法律学科的带头人，应该有他在学术上所应具有的严谨作风，塌实的品行，和做为法律学人起码的诚信！当然，我们不排除周教授有他自己的解释，可我们最终需要一个交代啊 ，可交代到底在哪里呢？这不仅是关于两个或几个人的问题，也关于武汉大学法学院的一个问题，更是关于宪法学界的一个问题！！！

『代旭辉』于 2006-3-30 20:18:00 发表评论：

贺教授批评的对作为一个教授博士导师又是研究法律的人明知自己的错误就应该承认.希望法制社会多点关注真实的论著给学术一个清白.

『皇帝的新装』于 2006-3-28 1:31:00 发表评论：

贺教授的文章是警示学术泛滥的猛药，读之爽快。

『守望黑夜』于 2006-3-21 16:59:00 发表评论：

现在中国的学术风气确实存在一些问题,学术腐败是其中最大的表现,中国的学者确实应该好好反思一下了,作学问是一个厚积薄发的过程的,能够真正沉下去的人又有几个呢,现在的学者很多都只看着眼前的经济利益而昧了自己的

良心,希望从这一事件学术界能吸取教训,真正作一点有用的的东西

『纯属新人』于 2006-3-7 13:17:00 发表评论：

"正是因为有了知识界的沉默,才有了人民的不辛.”贺教授的批评是十分必要的。上梁不正下梁歪，如果当今的专业大师都不能以身作则，让后来者如何生存？

『江南漠北』于 2006-3-4 13:56:00 发表评论：

其实，如果用这种标准来衡量法学界的作品，特别是中年法律人的作品，类似的问题比比皆是，如同中国的潜规则一样，已然滥滥。但这决不是此种人可对良知和历史给出的答案。

贺此文一出，我想仍不会有正式的回应，因为根本不是一个层面上的学问。

此事告诫那些学术界的元老和新秀，在此中混混的日子可能越来越不好过。不只是业内的不睬，而且可能会受到法律的制裁。至于道德的审判就更不用说了。

不过周并非其中最严重者，只是其身份和近年荣誉加身，故其言行就不可可慎重之。

『向往真实』于 2006-2-14 19:05:00 发表评论：

向贺教授致敬,知识分子是社会的良心,但我们看到的却不是这样,一些人已沦为权力、金钱、虚名的奴隶，多奴性，少良知，少勇气。先生之风，山高水长，是我们前行的方向！

『中国阿拉丁』于 2006-2-13 16:46:00 发表评论：

每每读到贺老师的文章，我都深切地感到他是在讲课--真正地用自己的思想、语言在与对方交流。只是多么朴实而又崇高的文风啊！

可惜的是，当下太多的“学者”不是用自己的思想、语言在与他人交流，而是在急功近利的魔棒驱使下不择手段地剽窃、抄袭甚至歪曲他人的成果。严重鄙视这种小人。

通过周叶中事件我们也不能忽视一种现象：学人的良心是脆弱的，不能光靠学人的良心或自觉来避免周叶中事件。应当建立健全一种良性学术机制，使得学人发表文章出自其创造性的思想而非捞取功名的手段。在这方面罪魁祸首就是我国的职称评定机制和出版社编辑部资源垄断机制。

最后希望贺教授自我保护意思强一点。如果我有一件麒麟盔甲一定送给你，太热爱阁下了，保重！

『mirror』于 2006-2-6 16:57:00 发表评论：

贺教授的批评是需要勇气的，同时是言之有据的。长期以来，我们似乎惯于引用官式的文章，不知是不愿还是不想去探求其合理的原因。例如：我们的媒体就盛赞新宪法将三个代表写入是一大成就。那么这究竟是《宪法》还是《党章》，各民主党派也是在共产党领导下参与政治协商。所谓“党派”，立党应有自己独立政治主张和诉求的，如果是在其他党的领导下进行活动，有什么必要建党呢，干脆就叫“中国共产党某某支部”。

转了向的里程碑

——评刘燕文诉北京大学案二审判决

by 贺卫方

这个判决在法律的程序方面存在许多疑点。最关键的问题是，当一个法院已经受理了一起案件并且做出了自己的裁判，就意味着法院以权威的行为承认了案件并不存在诉讼时效的问题。法院受理了，然后经过一方当事人上诉，上一级法院又发回重审，下一级法院又说当事人在一审时已经过了诉讼时效，这样就等于是出尔反尔，法院的威信得不到保障，当事人对法院的预期也会变得复杂和混乱。而且，当一方当事人为这个案件的诉讼付出了相当多的时间、精力甚至财力，而法院最后以超过诉讼时效为由驳回起诉，这是否意味着法院应当为当事人所付出的这一切提供必要的补偿？这些问题都是这个案件存在的非常明显的缺陷。

所谓大学独立，是什么意义的独立？大学独立是否意味着它的所作所为都不受司法机关的制约？这个案子从一审开始就处在相当复杂的外部环境之中，司法与司法的裁判在多大程度上能够介入到过去由高校完全垄断的事务中？高等学校的性质究竟是什么？由于大学明显行使着实际的裁判权和处分权，这样的权力能够给学生带来直接的影响，所以在涉及到学生的权利（包括他能否获得学位，能否获得毕业证书等方面）时，应该让那些认为相关处置不公平的人有一个另外提出质疑的途径，就是由一个中立的第三方对相关决策的合法性作出审查和裁判，从而使纠纷得到公正的解决。从法治社会的逻辑看，这个中立的第三方当然应当是法院。

本案尤其是上诉之后的有关过程也让我们看到了上下级法院之间关系如何处理的问题。例如高一级法院如何尊重下级法院的裁判，尊重下级法院独立的权力。上下级法院的分级并不是行政意义上的下级服从上级的关系，而是为公民提供挑战一审法院裁判的机会，所以上下级法院一定要相互独立地行使各自的裁判权，而不是迁就、沟通、协调，这种沟通协调在司法的领域显得很不正常。

这个案件一开始就涉及到如此复杂的因素，我自己也觉得很难预期司法系统能否非常顺利地作出裁判。某种潜在的东西，比如，海淀法院是个什么级别的法院，当事一方的北京大学是个什么级别的大学，这些观念都会带到司法过程中，影响相关的决策。一审判决结束后，你们的报纸做过非常深入的报道，学术界也做过非常深入、非常广泛的讨论。有一种声音的确引起了人们广泛的关注：司法裁判影响了大学的独立，影响了大学的自治，因为授予不授予学生学位或毕业证书，应当是大学自治的范围，不应该受到外部力量的影响。这个声音当时非常突出，也是许多人对这个司法裁判不满，试图施加影响的一个筹码。但是，奇怪的是，有许多批评者并没有很深入地研究司法的过程，导致了以讹传讹，在不清楚裁判过程的基础上作出批评。实际上，海淀法院一审的判决非常仔细地界定了什么是司法权力能做的事情，什么是司法权力不能做的事情，比如法官们认为北大校学位委员会在审查这样的事情时在相关的程序方面有一定的缺陷，如赞成票和反对票以及弃权票的统计和公布方面的问题；另外，校学位委员会是否给予了刘燕文必要的申诉机会。这些方面都是纯粹的程序问题。法院根据有关法律，明确要求北京大学给刘燕文颁发毕业证书。在有关法律的规定上，毕业证书是与

学位证书分开的，法律规定，一个人只要修完规定课程，成绩及格就可获得毕业证书。北京大学自己制定的政策把它们合在一块儿了，所以刘燕文论文未通过校学位委员会审查，就连毕业证书也拿不到了。法院认为这样超越了法律，因此作出判决，要求北京大学授予刘燕文毕业证书。一审法院做得非常好的一点是在判决书中作了很好的说理，这样的判决书本来可以成为国家司法历史中的一个里程碑，也可以成为如何建立司法与大学的关系方面的一个里程碑，但是在各方面的压力下这个里程碑被毁掉了，或者说成为另外一种里程碑，一座标志着我们的司法仍难以独立的里程碑。这让我感到由衷的遗憾。

另外一方面，为许多论者忽略了的一个事实是，这类案件（包括田勇诉北京科技大学案件）出现之后，起到了许多正面的作用。法院判决大学败诉，不仅仅引起与案件有关的大学，而且包括其他学校对有关管理制度以及程序方面的检讨。据我所知，北京大学对这个案件非常重视，学校要求相关部门清理一下所制定的规章是否符合国家的法律，对一些不符合国家法律的做法进行必要的修改，以避免今后出现这样的问题时再败诉。许多学校对这个案件也很重视，认为这个案件很重要，这个案件让他们知道法院也可以对学校行使权力的过程进行审查。由此，我认为这个案件的正面作用远远大于负面作用，一个里程碑式的案件往往能够对我们的相关制度建设起到良好的推动作用。

最重要的是在法律方面。这些年来，我们国家强调依法治国，强调法治，但是人们对法治的倡导常停留在口头上。到底法律是不是至高无上的，到底司法的触角是否能真正对这个社会进行控制和管理；法院是否在遇到案件时作出完全依据法律的裁判，上级法院对下级法院的独立是否予以足够的尊重；在司法的过程中是否严格按照法律本身的逻辑来作裁判，这样的裁判是否能够发布出来，能否成为具有法律约束力的东西？一遇到具体的问题，具体的案件，尤其是敏感的案件时，这些东西都变得不重要，取而代之的是一种简单化的、情绪化的观念和力量，它们会形成对司法过程的强大干预。例如，要求法院既要讲法律效果，又要讲社会效果。其实法院严格地遵循法律来判决案件是最重要的社会效果。现在的依法治国面临着一个很大的障碍就是我们能否真正允许司法逻辑的张扬。许多国家都经历过从法治不发达到法治发达的阶段，而法治的发达总是体现为司法的逻辑突破政治的逻辑和一般人从常理出发的逻辑，体现为法律职业者以他们的专业化知识去调整社会的正当性。日本本世纪初叶有个大津事件，俄国皇太子访问日本时被一歹徒用枪打成重伤，日本政府担心破坏邦交或引起俄国对日本进行报复的军事行动，非常恐惧，因而主张俄国皇太子在日本受到了侵犯，应该按照日本皇室成员受到侵犯治罪。如果按照这个主张，那个歹徒就要判处死刑了。可是日本的司法界、日本的法院坚决地认为，按照法律的逻辑，外国的皇室成员到了日本就不能够按照皇室成员来对待，只能按照一般民众看待，如果按照一般民众，这个案件就不能判死刑，法院坚决站在政府的对立面裁判。政府非常担心这样的裁判会时日俄两国交恶，但出乎政府意料的是，俄国反而因此对日本的司法独立表示敬意。这样的历史事件是值得我们反思的。

此外，我们还应当注意，大学内部的某些管理制度本身也在伤害学术的独立。在刘燕文案中我们看得到这类问题。本来，判断刘燕文博士论文的是否具备博士论文的学术水准，越往基层，越有权威，越往高层，在相关专业领域中的权威性越低越。例如，无线电系的学位委员会大多能够对一篇关于无线电的论文作出判断，但是，到了校学位委员会，成员来自不同院系，一个来自中文系的学者，学问再大，恐怕也难以判断一篇无线电专业的博士论文。因此，校学位委员会能够审查的只是程序问题，如答辩委员会的组成人员是否符合有关规章制度的规定，是否有某种舞弊行为，等等。我的建议是，大学这一级审查，如果有些人不限于程序性的审查而是进入到实质内容，进入到文章到底符合不符合博士论文的层面，投反对

票的人必须书面提出自己的理由，举出相关的权威证据。如果不能举出理由，随随便便地否决，那么你到底是在行使什么样的权力？另外，为了强化责任感，我认为，学校学位委员会的表决过程应当实行具名投票制。因为你的这一票并不是无关紧要的，而是关系到一个人能否从这个学校正常毕业，获得学位，甚至涉及到一个人一辈子的生计和前途。这不是一个苛刻的要求，在学校这个层次上必须进行相关的制度改革。甚至弃权票到底允不允许存在都有待商讨。弃权票到底意味着什么？是否意味着我又同意又不同意，该论文既符合博士论文水准，又不符合博士论文水准？这真正是模棱两可，不知其可。

相关文章：
HREF="http://law-thinker.com/detail.asp?id=538";

TARGET=_blank>评刘燕文诉北京大学案

上传时间： 2002/4/30 文章来源：一塌糊涂 bbs

本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

自治与开放：未来中国法学的两大趋势

by 贺卫方

当我们回首前尘，总结过去将近一个世纪的中国法学发展历程时，老实说，成就是相当微薄的。在中国，法学真正可以说是一个底子薄、基础差的学科。两千年的传统社会根本没有产生出法律职业，也没有法学可言。到了知识重新分工的近代，作为舶来品，由于缺乏本土知识传统的支持，不同传统事例所可能产生的“杂交优势”便很难显示出来，而且这个学科的学术魅力也被大大弱化了，严格的学术规范更不容易形成。并非自家土产的事实也更容易使法学与它所依托并需要它去解释的社会相脱节，成为悬在半空、“口惠而实不至”的学问。不仅如此，改革开放之前的七十年间，我们这个国家非战争即运动，这种动荡时世使得法学的发展失去了基本的生存环境。

学术如积薪，没有积累，后来者必须要用很多心力摸索路径，尝试方法，某些时候的弯路与挫折是无法避免的。

当然，在改革开放二十年的时间里，我们还是取得了相当的进展。追求以更多的法律来调整社会关系，刺激了法学的发展；域外法学著述的引进可能是百年来最具规模和活力的；本国学术界开始了原创性思想的尝试；法律教育有了极其迅猛也可以说是过于迅猛的发展。所有这些，都将成为二十一世纪我们法学进步的基础。

概括地说，二十一世纪中国法学的发展将具有两个重要的维度，一是更多的自治，一是更多的开放。所谓自治，主要是指本学科内部专业化的建构。法学首先是一种专门化的学科，

按照托克维尔的说法，甚至是一个不容易普及的知识领域。它具有自家的历史传统、概念与知识体系以及研究方法。法学之所以能够对社会事务进行不同于其他学科的解释，法律之治之所以不同于政治之治或道德之治，正是因为法学传统、知识以及方法的这种独特性。说到底，所谓法治或者依法治国，不过是法律家用他们的专门知识对社会进行的统治。在过去的二十年间，对于这种专门化的知识的内涵与特质，法学界的人们虽然有所涉及和论说，对域外著述的引进也达到了前所未有的规模，但是还谈不上自觉的体系建构。在今后的相当长的时间里，我们需要用很大的努力，在法律教育、法学研究以及司法实务等各个环节上追求法学的自治。

第二个维度是开放。开放意味着法学不能满足于自给自足。它需要从其他社会科学以及人文科学的研究中汲取营养；在早期，哲学、伦理学等学科对法学研究的推进以及最近数十年间经济学、阐释学、人类学以及文学批评对法律思考的影响都是这方面的例证。与此同时，法学还不能脱离我们的社会生活。我们的社会正在经历巨大的变化，市场经济的国策以及人民的民主追求日益改变着我们的社会结构和社会管理模式。法治的正当性由于社会结构的变化而愈发强化。在这样的情况下，法学界能否敏锐地洞察社会中的法律问题，及时地对社会需求作出有说服力的回应，将成为一个举足轻重的大问题。开放当然也意味着法律学术与法律实务更紧密的联系。由于法律职业与法律教育的脱节，我们的法律实务难以成为专业知识得以生长的温床；书斋里的坐而论道与操作中的章法混乱形成了强烈的反差。这种情况的改变离不开法律职业的认真建构，同时作为一门实践学问的法学更加贴近社会也是不可或缺的一部分。

孔子曾经赞赏的一句话称：“善人为邦百年，亦可以胜残去杀矣。”法律的重要功能之一便是抑制私力救济，把人间冲突的解决纳入秩序化和程序化的途径中，也就是“胜残去杀”。圣人当然只考虑人治。我们今天推行法治，并且相信善法治国较之善人为邦应该更有效。我们期望着法学研究能够更有力地推进法治的进程，期望着我们这个民族能够走出古老的窠臼，通过法治建设一个民主的、和平的和公平的新类型社会。

上传时间： 2001/9/19　　文章来源：法制日报 2000 年 1 月 2 日第三版

自治与开放之间的法学

by 贺卫方

整体而言，法学还是一门处在发展中的学科。在这个过程中，我们还面临着不少内部和外部的问题，其中最需要努力的一个方面，就是在法学研究以及法律教育和法律职业环节上把握两个维度之间的艰难平衡，那就是，一方面要追求专业以及职业的自治，另一方面，又必须保持对于其他学科以及社会的开放。

在今天这个时代里，法学已经成为广受关注的一门学问：书店里法律出版物汗牛充栋，不少法律著作都登上了畅销书排行榜。各种报刊上的法学专栏连篇累牍。电视上，法学教授已经成为出镜率最高的群体之一，他们对于各种社会事务侃侃而谈，向受众传递着种种前卫的或过时的法律知识。一些引人注目的重大事件或案件———例如 2003 年的孙志刚事件和刘涌案———无疑激发了全社会对于法律及其相关知识的好奇心，在人文社会科学领域中其他专业的学者们中间，从前的那种“读书万卷不读律”的心态也在发生着变化，他们对于法学以及法律的兴趣不断提升，尤其是经济学、政治学、社会学等与法学联系紧密学科的学者，他们与法学界的互动格局正在形成。所有这些都跟我们正在逐渐走向法治社会的这个大格局密切关联，同时也离不开法学界在十多年间不断努力。

当然，整体而言，法学还是一门处在发展中的学科。在这个过程中，我们还面临着不少内部和外部的问题，其中最需要努力的一个方面，就是在法学研究以及法律教育和法律职业环节上把握两个维度之间的艰难平衡，那就是，一方面要追求专业以及职业的自治，另一方面，又必须保持对于其他学科以及社会的开放。

自治

这里所谓自治，主要是指本学科内部专业化的建构。法学首先是一种具有悠久历史的专门化的学科，按照托克维尔的说法，甚至是一个不容易普及的知识领域。它具有自家的历史传统、概念与知识体系以及研究方法。法学之所以能够对社会事务进行不同于其他学科的解释，法律之治之所以不同于单纯的政治之治或道德之治，正是因为法学传统、知识以及方法的这种独特性。说到底，所谓法治或者依法治国，不过是法律家用他们的专门知识对社会进行的统治。

在过去的十多年间，对于这种专门化的知识的内涵与特质，中国法学界给出了相当丰富的论说。一个值得重视的趋势是，法学的话语模式发生了深刻的变化，它不再是道德或政治力量的附庸或应声虫。我们只要将近年来法理学领域的新成果与十多年前的标准教科书作一个简略的比较，就会深切地感受到这种追求运用法学自身知识传统、运用法学的方法解释社会关系与社会现象的努力。法学界对于“实事求是”原则理解上的变化是这方面的一个好例。在以往那种政治法学的话语中，这一原则具有毋庸置疑的正当性。由此演化出的“以事实为依据，以法律为准绳”几乎成为不刊之论。但是，现在的法学界，已经没有多少人还相信可以作为司法决策依据的是“客观事实”；相反，越来越多的学者从司法过程的性质、证据以及更广泛的程序的局限性以及对于人权保障和制约政府权力的需要等角度，深入分析了法律意义上的“事实”的独特性。这种围绕本原的法学研究不仅使得法学逐渐走向自治，也使得学术研究与司法实务之间的互动有了坚实的学理基础。

法学自治的另一个体现便是司法研究的兴起。由于欧陆模式的概念法学的影响，加上计划经济时代司法机构无足轻重的工具化地位，以往的法学很少注意司法问题。例如，在 90 年代中期前，法学界没有多少人认真地思考法官在整个法律秩序建构中的角色。这样的忽视与现实生活里法官选任的混乱互为表里，相辅相成，标志着法学与法律的同等屈从地位。90 年代中期之后，随着法学界对于法治理解的深化，司法研究逐渐成为整个法学界的最大兴奋点。人们对于司法权的性质、司法与立法以及行政之间的关系、司法官员的选任标准和程序、司法权的行使方式、司法管理制度、法律推理与逻辑语言之间的关联、法律职业共同体等等，都进行了热烈的和持续性的讨论。与此同时，司法改革也成为继农村改革和企业制度改革之

后，中国改革的另一个热点。

过去的十多年间，域外专业著述的引进也达到了前所未有的规模，这既是法学走向自治的一个表征，同时也是中国法学走向更坚实的自治的重要推动力。从 1949 到 1992 年间，译为中文出版的西方法学著作只有区区十种左右，这种令人悲叹的情形到了 90 年代发生了巨大的变化。自 1992 年以来，仅我个人参与的翻译丛书或包含翻译作品的丛书就有“外国法律文库”、“当代法学名著译丛”、“宪政译丛”、“美国法律文库”、“司法文丛”和“比较法学丛书”等六套。其他还有罗马法、德国法、法国法、日本法等专题译丛。如果我们将行业力量寻求超越国界的对话和团结理解为自治的一部分的话，那么法学译著的大规模出版当然可以说是法学走向自治的一个表现。

当然，眼下的成绩还是相当初步的。目前最大的缺陷在于，在法学理论方面，自觉的体系化的建构还是相当匮乏。由于在中国数千年知识传统格局中，基本上不存在一种具有正当性的法学，千年以上的科举取士实践严重抑止了知识的分化，官员在判决案件时所运用的那种宽泛的文史知识和修辞风格无从带来司法决策的确定性，也不可能将司法程序变成法学得以发育的温床。晚清时引进的西方法学意味着中国社会治理传统的一种根基性的断裂。然而，由于没有强有力的本土资源的呼应和支撑，外来事物难免钱锺书先生所谓“眼里之金屑”而非“水中之盐味”的命运。正在进行的民法典编纂所展现的从基本模式到具体规则的混乱不过是证明这种西方法学理论尚未本土化和自身体系化建构不足的一个最近的例子。因此，在今后的相当长的时间里，我们需要用很大的努力，在法律教育、法学研究以及司法实务等各个环节上追求这个学科和这个行业在本土化基础上的自治。

开放

与此同时，从法学和法律的发展历史中我们很容易看到，法学从来就不是一个自给自足的学科。法律职业生存在一个鲜活的世俗世界之中，因此在自治的同时，还必须要有一个相反的维度，那就是开放———法学和法律职业需要从其他社会科学以及人文学科的研究中汲取营养。从古罗马开始，哲学、伦理学等学科对法律学术一直具有极大的的推进作用；最近数十年间经济学、阐释学、人类学以及文学批评对法律思考的影响也是显著的事实。法学也不能脱离我们的社会生活。中国社会正在经历巨大的变化，市场经济国策的实施以及人民民主诉求的强化日益改变着我们的社会结构和社会管理模式。法治的正当性由于社会结构的变化而变得顺理成章。在这样的情况下，法学界能否敏锐地洞察社会中的法律问题，及时地对社会需求作出有说服力的回应，将成为一个举足轻重的大问题。开放当然也意味着法律学术与法律实务更紧密的联系。由于法律职业与法律教育的脱节，我们的法律实务难以成为专业知识得以生长的温床；书斋里的高头讲章与操作中的章法混乱形成了激烈的反差。这种情况的改变离不开法律职业的认真建构，同时作为一门实践学问的法学更加贴近社会也是不可或缺的一部分。

从西方的情况看，法学和法律职业从不独立、不自治逐渐走向独立和自治经历了一个漫长的历史演进过程。按照伯克利学派的塞尔兹尼克和诺内特的理论，在压制型（非自治）的法律转向自治型的法律之后，尤其是在今天这样的后工业时代，自治型法律已经显示出由于过度自治而带来的封闭特征，因而不能积极而及时地回应社会的需要。在这种理论的基础上，他们企盼着法律秩序的再次转型，那就是“迈向回应型的法律”。然而，中国的情况是，法律发展中的历时性与共时性经常纠缠在一起，因而常常面临理论与实践上的困惑。一个饶有

兴味的例子是后现代法学理论在中国的传播所带来的影响。在对于法律制度以及传统的法律理论进行批判甚至解构的过程中，一些后现代法学的作者显示出不同凡响的洞察力和知识上的开放精神，他们对于一些长期被人们视为不刊之论的学说的颠覆对于年轻的学生们是如此振奋人心，以至于法律和法治本身看起来都有些荒唐可笑。加之这类学说本身也颇投合大学教师这种职业内在的反循规蹈矩的特性，于是这类学说就很容易获得市场，从而导致我们在这“路径交错的花园”里迷失自我，忘记了中国尚处在走向法治的初级阶段。

在对于法学的发展进行检讨的时候，我们不应当忽视政治因素的影响，不过，就目前的情况观察，尤其是从一个法律学者的角度观察，它的严峻性正在降低。事实上，法治已经成为今天政府获得其合法性的重要源泉；权利话语在今日的广泛流行标志着这个老大民族治理模式的不可逆转的改变。只是就中国悠久的非法治和非民主的治理历史而言，作为一种移植“物种”，法学本身在这里就需要长时间的水土适应———当然也包括人们对本地水土的改造———过程，最终使法学之树在华夏大地拔地参天，浓叶如盖，庇佑着这块土地上的人民。

上传时间： 2004/8/18 文章来源：中华读书报

走近贺卫方——贺卫方教授采访实录

by 赵丽兴

记者最初提出采访贺卫方先生，是想撰写一篇类似于《哥德巴赫猜想》那样的报告文学。正如数学家陈景润通过数学的道路，认识了客观世界的必然规律，是二十世纪世界数学史上占有重要地位的人物一样。阴差阳错而走上法律讲台的贺卫方先生敢于直面中国司法现状，敢于直面现实生活的种种不平事，敢于直面法律漏洞和盲点，是中国当今法学界最有影响力的、举足轻重的法学家之一，中国司法改革的领军人物,应该有一篇文章系统的介绍他的治学理念，他的研究和他的喜怒哀乐。

他温文尔雅，缓缓的话语中，丝毫想不到他曾经有着顶天立地的气概。一提起法律工作，他的眼睛里充满了光芒,让人毫无保留的、强烈的感觉到一个学者应有的良知、责任与义务；他思维敏捷，他的身上也没有时下所谓的法律家常有的虚荣和矫情；和他说话没有距离感，富有穿透力的语言出人意料却游刃有余。尽管他对法律和司法体制的分析鞭辟入里，对现行法律了若指掌，但他绝无为了标榜自己独有的特性和研究而沉溺其中。在一些"法律家"津津乐道地"戏说"法律之际，有社会责任感的贺卫方却不回避尖锐的社会矛盾，他用自己独立的眼光和语言，真实传递出个人的感受与感悟，客观、忠实地描述着今天我们生活着的社会和司法现状。

采访之前，贺卫方先生关了手机，记者对这个细微的动作深感意外，不禁肃然起敬。采访过程没有任何人打扰，一种崇敬之情油然而生，记者不得不敬佩他的执着，尊崇他的敬业，

欣赏他的待人以诚。

采访快结束的时候，记者打消了撰写报告文学的念头。对专访的任何改动都有画蛇添足之嫌，单刀直入的采访，把一个真实的贺卫方展现在读者面前不是更有现实意义吗？

【采访实录】

记者（以下简称记）：请您先谈谈您为什么选择法学专业？

贺卫方（以下简称贺）：我当初没有选择法学专业，我是意外被录取到西南政法学院的。我高考填报的第一志愿是山东师范学院中文系，当时不知道有法律这个专业，想学中文。文科的人脑子里想的是中文、历史、哲学、地理等等这些专业。当时我的考分过了重点线，但是并不突出，什么人大、北大都不敢报，就报了一个山东师范学院中文系。西南政法学院是恢复高考后第一年招生，可能宣传力度不够一点，录取差一两个吧，从上了重点线的人中调节，就调过去了，根本没想过要学法律。

记：您是如何走上学术之路的，对法学的研究开始于什么时候？

贺：应该是在大学三年级就开始比较喜欢学术这样的一种职业，一种研究，搞教学，都是挺吸引人的，开玩笑说是一辈子不干事，只看书。这个职业是我梦寐以求的职业，选择这么一种职业当然也是很开心的。然后，我再考研究生，考外国法制史，到中国政法大学开始学习外国法制史，那个时候就觉得自己对历史、对西方的制度很感兴趣，所以就开始从这个角度慢慢的做一些研究。当然对象上来说看起来很冷僻，不怎么跟现实有关联，我自己乐意做这种非常偏的题目的研究。比如天主教的教会法，这是我自己非常感兴趣的。研究生毕业后在中国政法大学比较法研究所从事西方法律制度的研究，跟你做的工作差不多，那个时候就开始做编辑工作，很喜欢做这个工作。一大堆的手稿在你面前，最后是一本含墨飘香的杂志，这是非常开心的一件事情，很喜欢。但是实际上还是没有联系到中国的实际，总是觉得西方的东西很值得我们去研究。到了 89 年、90 年自己的学术方向开始转向对中国现实制度的研究，前后发生的一些事情让我对自己的人生、对学术与社会之间的关联都发生了很强烈的反思：应该怎么去解释我们今天这样的一个社会、这样的制度，包括法律制度？问题出在哪里？应当如何避免有一些问题，比如重大灾难的发生？所以 89 年、90 年就开始对中国历史越来越感兴趣。对中国古典的司法制度、古典的政治体制非常感兴趣，看了一些书，发表了一些这样的文章；到 1992 年的时候，大概是内层多一点，开始陆续的投向了中国现行的司法体制的研究。应该说过去自己积累的一种背景是西方的制度、西方的观念、西方的思想，这个时候再回过头来看中国的体制的时候，就会发现种种的情况非常的奇特，跟西方的不一样。想到司法体系如何去保障，想方设法如何统一法律。美国是一个联邦制国家，他有 51 种法律体系，50 个州各州都有一套法律体系。我们想象法律肯定是缤纷多彩，肯定这个国家的法律体系非常的复杂，甚至可以想象非常的混乱，但是仔细的去思考、去分析，他有差异的地方固然也有很大的差异，但是需要统一的地方还是有一种非常严格的机制去使得整个国家的法律体系保持统一。比如涉及到贸易的法律体系，全国的体系是一样的，这是由联邦司法体系来推动的一种法律准则的统一。通过上诉审、通过最高法院的这样一种机制，在差异中间寻求统一，司法制度给社会带来很大的益处，因为没有什么比一个国家立法的准则、游戏规则、法律准则的差异，会带来市场经济更大的中立，这就是一个很突出的问题。我们观察英、美国家的法官制度的时候，发现他们的法官的确是整个社会中最精英的一个群体、

最优秀的一个群体。正是因为这种优秀，导致他们能够推动判例法，实际上司法职业不仅仅是在行使司法权，而是在行使某种意义上的立法权。普通法这样的一个法律体系，它是来自于英国历史上法官的创造，包括衡平法。那么这样一种法律体系，由于法官在里面起到了很大的推动作用，甚至可以说法官对于整个社会的一种正义、这样一种符号化的作用也是非常强有力的。那么再回过头来看一看中国的、我们的法官--我们的法官在 90 年代的前期，确确实实看不出来这个国家有多少法官是非常优秀的、全国很知名的；我们找法学家的话，是很难从法院里面找到一个非常优秀的学者型的法官。法官的素质参差不齐，一直到 1995 年我们法官法才规定担任法官必须要有大学教育的背景，其中这个大学教育还包括大专。选任标准这么大的一个差异，导致整个司法制度的运行状态的差异，整个法律体系形态的差异。这个时候国外的知识变成一种背景去观察中国的各种各样的问题，我们就更容易发现一些缺陷所在，也许就能与不研究西方法律史的人有一点不同的差异，不同的一种观念。

记：您的工作压力大吗？在中国司法界，你是一个敢讲真话的人，据说你曾经因为写文章讲真话而惹了麻烦，是不是真的？

贺：当然是得罪了一些人，但是也没有什么麻烦，只是提高了我在军队系统的知名度而已。实际上有些事情给我带来了太多的荣誉。

赵：在采访您之前，我决定用一天的时间把您的作品看一遍。没想到我用了三天都没有看完，我最后不得不只看一下文章的标题。我发现您的文章涉及方方面面，几乎涵盖了每一个学科，您是怎么样达到这个程度的？与您的研究有冲突吗？我注意到，您最初的研究都是比较注重实际，例如就一个案例撰写文章或者就一件事情说明另外一件事情，后来逐渐又向政论方面发展，是不是属于您的风格或者流派？

贺：我算不上法律界的高产作家，有些人已经著作等身了。我其实也就不过论文有个十篇二十篇的样子，文集有那么四五本，然后再加上一些翻译的著作，仅此而已。网上有几个网站，喜欢我的文字就尽可能的收集全；有些朋友可能早期写了好多东西，但不愿意上网。用西方的观念制度作为背景来反衬中国制度的一些特点，这可能是我的一个特色。第二个特色我觉得我还是比较注重符号化、形象化的东西，通过这种符号化、形象化的东西的分析来进行解剖特定符号化背后的一种观念、一种理念，可能最突出的就是在法袍问题上的论证方面。为什么在 90 年代相当长的时间，我们法官的服饰基本上是一种军警式的制服，大盖帽、肩章。当然我们看西方国家包括一些东方国家，包括我们在 49 年以前法官都是穿袍子的，黑色的法袍。有些国家比如英联邦国家，包括我们国家香港，居然都是戴假发，符号化的很形象的东西。那么它背后隐藏的是什么东西，为什么戴假发？为什么穿法袍？为什么我们没有戴假发、穿法袍？我就抓住这样的一个问题，做一个很仔细的分析。其中有随笔类的文字，其中也有演讲；我讲课中间也经常讲这个问题，讲法理学大概 12 个小时的课程我都在讲袍子的问题。应该发现它背后显示的一种职业的差异，职业理念的差异。穿袍子、戴假发，首先意味着它要把这个人打扮成一个奇特的跟常人不同的一种人，与其说人不如说是神一样的角色。哪个职业还戴假发？但是英国的法官仍然戴着他们的假发。戴假发这样的一种职能、功能，就是要想方设法营造出一种让穿袍子、戴假发的人和法官职业以外的人都能意识到这种职业的极端的独特性；知道法官这种职业在现代社会中间，是唯一的一个职业，握有生杀予夺之大权的职业；可以决定巨额财产的归属、夫妻是否继续生活在一个屋檐下。所以法律是什么，有许多人下过定义，美国的一派法学家给的定义非常简单，"法律是什么，法官说什么就是什么。"因为没有被法官所适用在具体的案例中间的时候，那些个议会、人大所制

定的法律，只不过是纸面上的东西。因为在审理过程中，具体的把法律运用到案件中间的时候，这个法律才变成实实在在有效的规则。那么这个时候，法官在适用这个规则的时候，一定是脑子里面有一个解释了。现在的法律汗牛充栋、多如牛毛，法官在适用法律的时候，引用这个条文进行一个特定的解释，把握在法律的规则和案件事实当中发生的一种关联，这个时候法官做的事情的确是一个非常大的事情，行使的是一种非常大的权力。这样的一种职业，可以说是把这样一个重担放在常人的肩膀上，让人觉得有点不放心。法官也是人，但是我们要千方百计的让法官看起来不像一个人，像个神，这是一种可能的解释。另外就是说，穿法袍。法袍穿起来活动起来不方便，我们在街上买菜，没有看到一个法官穿着袍子在街上买菜。法官就是在屋里边行使职权的一个角色，他不可以到外边去，这就证明了司法职业的高度消极性和中立性。他行使权利的过程是消极的，对于没有诉讼于他的问题，他是不可以行使权利的；他不可以主动的上门揽案，不可以主动的去搜集证据；他只能够按照当事人提交的这些东西，由他来作出一个中立的裁判。司法的消极性在法袍，穿着袍子这样一种形象化的一种打扮中间，我们可以看到它显示一种非等级化的设置。我们说军警式制服，也是外显的一种标志，证明他是几级，师长是师长，上校就是上校，中校就是中校。从外显的符号就可以看出差异，那就是一个非常讲究等级化的职业。但是法官这个法袍，在世界各国的法袍之间都没有那么复杂的差异，我们看有些国家，最高级法院和最下级法院法官法袍都是一样的，这说明了什么呢？说明这种职业他是反等级的，他是要强调大家没有什么上诉法院、上级法院、最高法院、最基层法院，他只是一种职责分工的不同，审理的对象有所差异。比如最高法院可能注重政治、宪法式的案件的审理，它注重的是法律规则的统一，他是解释法律的，他需要有更多学者型的法官；而最基层的法院的法官可能更注重社会经验，但这是一种职能意义上的分工，并不意味着下级法官就是低级的，上级法官才是高级的。所以他是一种反等级的职业，我们通过法袍可以显示出这一点。所以我就去挖掘这背后的一些原因，写这样一些文章。所以也产生了一些影响吧。最后，中国的司法界也敢探讨这个问题了，我感到非常的开心，很高兴。在我看来，这是一个非常大的变化，有人说只是换换衣服而已，里面的东西不换有什么用？我认为其实里边和外边是有关联的，一个法官穿上袍子，他再穿着拖鞋就不象样子了。他在法庭上职业的庄严，那种尊严感就更容易凸显出来，就容易启发人去想、去反思，我们这个职业到底是什么？所以我认为是有意义的。然后，我也一直关注法庭建设的问题，一些法庭的司法礼仪。质疑检察官为什么不向法官起立的问题。实际上这些东西对司法界来说，都是很重要的问题。这个多多少少跟我前面说的第一种特色也有关联。由于了解了一些外国的知识，所以容易用外国的知识凸显中国的独特的东西，而这种独特的东西应当不应当追求这种独特性？我往往会去做这种论证，我会坦率的质疑，我想这是自己在学问路数方面的第二个追求。第三个追求，我还是想努力的追求一种中西方的知识之间的沟通、打通。不要人为的去说这是西方的，这是中国的。与其说追求的是一种知识的来源，不如说追求的是特定的制度的安排和知识的关联--背后的东西。我们要建立司法体制，我们刚才说司法的消极性，这是我们从西方的制度中看得非常清晰、明确的，但是这样的一种消极性到底是什么？是因为西方人这么做，我们就要学习吗？不是。我们发现整个的司法判断过程中间，我们面对的是利益之间的冲突。民商事案件也好，刑事案件也好，行政案件也好，虽然不过是双方之间的一种纠纷，大家发生了利益上的冲突，这种冲突过程中间法官如何很好的去处理纠纷解决案件，能够把这样的事情解决了，这是非常重要的。让人们心悦诚服，或者说让败诉的人即使不心悦诚服，但是他也没有话可说。这个时候你就会发现，过分积极的行使权利，会导致当事人对法官职业的怀疑，他会满腹狐疑，觉得你为什么这么积极，你是不是有自己的利益所在，所以有句谚语叫做"没有人可以成为自己跟自己利益有关事务的法官"。那么你自己有利益在里边，你再去做法官你就没有办法做到公正。

记：您好象不主张法官上门揽案这种做法，在您的演讲中您也曾对此抨击，为什么呢？

贺：一个法官在法庭上的行为，英国的谚语叫做"多嘴的法官没脑子"。所以多嘴多舌的法官是没脑子的，你该做的就是保持中立。为了中立，为了能够让当事人相信你是中立的，你就不能过分积极主动的行使权利。像上门揽案，过分的积极的为一方当事人利益奔走。这种司法就严重破坏了我们司法制度设置法院和机构设置的最基本的理念。他破坏的是制度背后的东西，一种制度的基础，而不是说是这个符合西方的，那个不符合西方的。我想这里边我们没有必要在中西的、中国和外国的、东方与西方之间人为的设置这种栅栏，人为的去设置。你眼界要开阔一些，要努力去考虑更合理的设置原理是什么？我们也会去观察中国的历史，今天对我们来说最好的一个时代的特色，就是开放的时代，我们不断的去引进。现在我每次去书店都能发现一些新引进的司法制度的书，有关宪法的书等等。拿回来看，过去不理解的东西，现在变得理解了。所以要保持一种开放的心态，开放的胸怀，集百家之长，这是我觉得我在自己的文章里、写作、演讲里要追求的一种目标，这也可以说是一种风格吧。我在一定程度上不太同意法律知识能够普及，所以我对普法这样的活动，尤其是官方推动的普法不是特别的觉得是有意义的东西。但是另外一方面，我们必须把权力的观念和法律的基本的一种理念的东西，让社会的公众能够更多的了解。法律知识是非常具有封闭性，它的一系列概念、术语，有点像黑社会使用的那一套黑话。我们跟经济学界、社会学界的人交往的时候，讨论一个具体法律问题、一个具体案件的时候，往往经济学家、社会学家都会觉得有点插不上嘴，他们觉得没法说，那些概念他们都搞不懂。所以，在这个意义上法律是一个非常专业化的东西。但是这并不意味着在今天这样一个时代--新闻媒体越来越活跃的一个时代里边，我们不应当去传递某些法律的精神。我认为与其说是传递具体的概念制度，不如说是传递一种精神，法律社会的一种精神。比方说，我们可以研究一下政府的权力为什么必须加以限制？政府的权力怎样去限制它？我发现有内在的限制和外在限制两种类型。内在的限制是通过权力机构之间的权力分立来相互制约平衡，外在的限制是一种人民的监督，媒体的自由监督。民主本身它使政府的权力受到了一种强有力的制约。这样的道理是可以讲得清楚的。所以我一直觉得自己喜欢写一些短篇的文字，像《南方周末》这样的媒体，我有一段时间经常在那里发表文章，努力追求清新可读的风格，并且要联系我们眼前的知识，眼前的社会现象来解释社会问题，一些制度的问题；用形象的东西来解决抽象的东西，象法袍这样的东西，老百姓觉得很有意思，你这样去解释它，那么这样的话就使得有动力支持；我会写《高裘诉林冲》，从《水浒传》里选出一段来，写的好像是一些水浒传小说里边的。实际上我认为，写不写真的没有用，司法制度中的民众问题，由于没有一个公正的司法制度，使得社会只能够经常通过周期性的一种梁山好汉这样解决事情的方法、把一种周期性的社会上的一些动荡的社会问题来解决社会的矛盾。但这样是解决不了的，是没办法解决的。我想这种风格就是让人们喜欢读，让人们觉得文章具有一种可读性，就有助于法律法制的社会精神在社会上的一些呈递，让更多的民众理解司法制度，能够知道司法制度怎样的走向公正，这是第四个特点。最后一个，可能也是在我看来最重要的一个，是要懂识自己的言说中间的独立立场，我们经常要和社会沟通。甚至我们经常会表示，我想在这样一种情况下，我们是要考虑到自己的角色问题，知识分子应当保持一种独立的立场，不可以为了使得自己的观念被接受，而牺牲这样的独立性。我是很看重这样的一些东西，而我自己写文章，你看了我那么多文章，基本上是从来不会用，或提某个领导人，最近又如何、如何，然后把这些东西当作自己言说的一个依据，拉大旗做虎皮；有一次法院报的一个编辑约请我写一篇三个代表与司法改革的文章，被我谢绝了，我说我写不了这样的文章。我想我们要保持言说中间的那种纯粹性。当然这种纯粹性不是说总是要跟官方有一种抗争的立场，对立的立场，不是这样的。保持独立性实际上是更加具有一种官方采取的一种措施，如果有助于这个社会，在我们自己的判断来看，

有助于这个社会的发展的话，那么照样说这样的措施是很好的措施；如果是他有问题的话，我们应当直接了当的直面批评。我想这是一个学者或者是学术思想本身产生力量很重要的根源，我希望这样的学者能够越来越多。而不是像三个代表一提出来，就有一些也会写文章说三个代表对法制的推动，三个代表如何、如何。我觉得这个反而会被某些人瞧不起，会觉得，学者有什么了起，教授有什么了不起，我说了一句，我喝酒喝多了，说了几句话，结果就被当作真理一样，好家伙，左一个解释，右一个解释。没有独立的立场不是很好，独立的立场是你自己有力量的基础性的要点。如果没有这种东西，也就不会有这种力量。

记：早上演讲中您谈到一个问题，就是法官的尴尬问题。就我而言，我有多种身份：省法院任命的法官、云南省人大常委会任命的审判员、人事部门管理的公务员，我每一年都要参加一年一度的"优秀公务员"评选活动。怎么样给法官一个定位？开玩笑的说，我现在又以记者的身份采访您，您觉得这个现象是不是特别别扭？是不是有点属于您说的法官的尴尬？

贺：我想，老的那个问题还没有完全解决，新的问题就又出来了，新旧并存，身份上就有点混乱了。

记：目前，在同等条件下我国四级法院法官的选任标准并不完全一致。在最高法院或者高级法院当法官，你可能一不小心就是副处级，或者二级以上的法官。而在基层法院，无论怎样努力，无论怎样优秀，除了院长以外，其它法官有可能永远都是科级法官，甚至副科级法官都需要竞争。你如何看待中国四级法院法官选任标准上的差别？

贺：我觉得这个是过去我们这种制度缺乏一种明确的东西，选择法官的偶然性很大。就像你讲的那样，可能解释越深，最后大家有那么大的差别。当然在我个人认为，法官升迁是一个非常复杂的问题吧。在英、美法官选任当中，从律师、检察官中选任法官的制度有一定的好处。从最优秀的律师、检察官中选任法官，那么法官更多的是平等的精神，并没有很大的差别。欧洲大陆的模式基本上是从业起始型法官，从就业开始时就做法官。在德国也好，法国也好，包括日本也好，所有将来选择做法官职业的人，经过大学教育，然后经过司法研修，像日本的司法研修所。经过这样一个过程以后，然后就到一个基层法院去办事的法官生涯，大概五年左右，能够成为后补法官，成为独立的法官，就成为了法官，他就开始了一个独立从事司法的职业；通常是有一种法官调动制度，法官经常从这个法院调到那个法院；上级法院通常基本是从下级法院产生的，是往上升迁的，然后谁会被升迁，谁不会被升迁，都存在司法结构的金字塔，越到基层法官越多，越到高层法官越少，所以都有可能存在你被升迁，他不被升迁的问题。有些人可能会做上最高法院的法官，有些人可能一辈子就是告老了也是基层法官。但是由于收入差别不大，做最高法院的法官和做基层法院的法官，他实际上只是做事情的内容不是特别一样，并不是他高下的问题。所以也就不存在很大的心理问题。中国的情况，有些人一毕业就到高级法院，有些一毕业就到基层法院，那当然，心理差距很大。我自己感觉欧陆国家的法官心理差距不是那么大，但是大致上来说，欧陆的体系更加重于官僚体系，是循规蹈矩一步一步往上走；而英、美国家基本上是一步到位，法官的这种职业并不是很简单，没有太多官僚政治的色彩，并不重视这种色彩，所以两者之间具有差别。中国的问题在于，我们这些年，可以说是过去的 20 多年里的法制建设过程中，有些东西可以说是在摸索阶段，摸着石头过河，三岔口，反正是摸着一条算一条吧，所以也就带来了很多很混乱的问题。在我看来，如果我们维持一个大陆式的这种法官选任制度，基本上已建立模式的话，那么我们就不应该允许有些人，在一开始做法官时就在最高法院和高级法院，怎么可能呢？这是完全错误的。

记：关于公众人物名誉权问题，您主张法官属于公众人物，没有名誉权，这也是您近年来一直关注的问题。前年您写的一篇关于公众人物名誉权的文章，发表在某大报上，对其中的一些观点我有一些异议，于是我撰写了一篇文章，题目是《与贺卫方教授商榷》，寄到了报社。随后询问是否能够发表。编辑告诉我需求征求您的意见才能发表。我当时就很纳闷，为什么要征求您的意见？我当时猜想，是不是因为您的名气太大了？这是不是也属于体制问题？您现在对公众人物和法官的名誉权的保护是个什么观点？

贺：我当时在另外一个场合接受记者采访时，发表过这个观点，我在这个问题上的观点没有太多的变化。我认为法官以及其它所有政府官员，他们在这个社会上应当是公众人物，他们有相当大的权利，他们理应得到媒体、新闻界更严格的监督。按照宪法规定，人们有权利对政府机关行为进行批评，这是宪法有明确规定的，可以对政府机关进行批评，发表不同意见，那么任何批评都有可能出问题、都有可能出错。不可能完全都是那样，什么事啊，什么东西，都完全一致。那么他的这种批评，他能带来一种社会的表情，它是一种观念，需要更加严格的监督。如果最后结果是我们要求所有批评官员的报道都是完全属实的、完全真实的话，这事实上意味着批评所得以存在的呼吸空间完全被压制住。因为没有可以保证自己，尽管客观上要求准确，但实际上就像我们上面讲的，一个人的视野是有局限的，他的批评是有可能在某些问题上有出入、有差错的。只要差错不是故意的，明知他是假的仍然说，如果不是这种情况，那么这样的批评不应要求媒体来承担所谓的法律责任。法官这个角色比起其它的官员来说，更有他的特殊性，法官是一个裁判纠纷机构中间的官员，他要审理这类案件的时候，也就意味他的一位同行来他所在的法院起诉，另外一个当事人是作者或者报社。这导致的问题是，法官和法官之间……大家都是同行，没有办法让另外一方当事人感觉到是否公正。所以这样的事情，在西方，忍受批评这是一个法官必要的基本功，像批评、指责、谩骂，甚至有时候以漫画的形式来丑化法官，在西方的报纸里比比皆是。但是法官是不会去诉讼的，因为法官在裁判案件中不会因媒体的披露、批评、指责而改变立场，裁判是稳定的。同时法官也要通过这种方式了解大众的情感。而且如果真的是一种不公正的指责、不公正的抨击、谩骂的话，这种东西是没有多少杀伤力的。因为过分的情绪化的语言恰好把批评变成没有力量了，而不是有力量的。公道自在人心，大家会知道这个人在气急败坏骂法官，谩骂算什么？实际是一个非常自由的天地，想说什么就说什么，如果某些人言辞不逊、攻击，他会导致许多人不信任他，如果要考虑媒体的长久的发展，这种地痞式的谩骂，他不会得到社会的喝彩，不会构成真正意义上的对一个法官的伤害。西方国家当司法独立受到威胁的时候，往往是律师们会站起来发表他们的看法，会指责、抗拒侵犯司法独立和尊严的行为，这个社会有各种各样不同的力量，最不可赞赏的是法官出来进行诉讼。不仅仅个别法官，还有法院提起诉讼，有一个基层法院起诉《民主与法制》杂志社，说杂志的报道侵犯了他们的名誉权，结果真的是中院判决侵权，赔偿 6 万元的精神损害费。说到人格权，实际是一种由自然观念而形成的，你骂我，我会感到痛苦，但是你骂我的法院，法院怎么感到痛苦？一个法院居然荒唐的去提起诉讼，最后诉讼发展到最高检察院去抗诉。所以我自己觉得，这是制度建设中很大的问题，我们没有一个最基本的是非判断，和对这个事情本身可能的一种机理判断。还有一些，法院要盖一栋楼房，是甲方，建筑公司是乙方。盖完楼以后不给建筑工程款，人家的钱拿不到，结果就到《法制日报》上呼吁，请有关部门督促一下，让那家法院给我们钱，我们要回家去过年。你说这种事？这是一个最基本的社会问题，制度问题。法院怎么可以自己盖楼？法院盖楼应当属于国家司法行政部门管，所有的配备都按照统一的标准来建设好。法院如果作为一方当事人，那打官司这几家建筑公司可以到法院起诉讼这家法院吗？会到另外一家法院起诉讼这家法院吗？也没有办法叫人相信这个法官的公正性，因为这和他的利益

是有关联的。法官的名誉非常重要，但是这样一种更加自由的批评，能够使法官更注意到自己的行为，自己判断案件的时候更加公正，并没有多大的坏处，所以我是从这个角度去论证的。我也不知道，我没有看到你当时的这篇文章，也很遗憾，其实应该发表出来。一篇文章作者最不喜欢的是发表文章出来之后无声无息，姥姥不喜舅舅也不爱，能够引起争论是非常好的。

记：我当时举了个例子，一个法官八小时以外，比如下班的路上，碰到什么事情，如果也需要沉默，是不是不公？提出诉讼，法律应予以保护，否则对任何法官都是不公平的，应该说我和您的大部分观点是一致的。

贺：我觉得挺复杂的，你说的问题是下班的路上。这并不是对法官司法过程中所判案件的评论，和你说的这个情况不一样。对方不一定知道你是法官，双方发生了冲突，或者你受到了伤害，或者你被打伤了，这种情况当然有一种司法救助手段，我想更多是职务行为。比如新疆商报有一个批评，一个国有企业，国有资产流失，是因为中院的一个法官的判决引起的，法官提出了起诉，最后法官败诉，我认为这是应该值得我们关注的。另外一个地方，兰州，开发商在开发房屋的过程中，楼可能很高，把法院的宿舍阳光遮住了，法官们烦恼就想提起诉讼，有人来问我应该不应该提起诉讼？法官的民事权利受到侵犯，我们可以通过某种方式来解决。法院宿舍越来越成为个人的财产，这个时候可以以某种方式比如通过物业管理委员会、业主委员会这样的部门作为一方当事人来提起诉讼，而不是以法院的名义提起诉讼。尽管大家都知道楼里面住的是法官。但是从色彩上来讲，不会带来很严重的问题，因为这个是必须要解决的问题。法官名誉权受到限制，并不意味着其它权利也受到限制。只是说为了倡导一个更加合理的司法环境，为了让法官们有所顾忌，应该使他们的名誉权受到一定的限制，还是有一种合理性在里面，对吧？

记：对对，我们的看法，实际上是殊途同归。那么，您认为依法治国和以德治国有冲突吗？二者应该是什么样的状态？

贺：我认为……这个问题不大好说，因为这个不是我的观点。这个问题现在也不提了，宪法在修宪的时候也规定了一些比如"政治文明"之类的问题，但是没有以德治国。所以我们可以不去把这个话题挑起来，演讲的时候随手谈一谈。其实是很荒唐的一件事情。当然，有的还在写文章论证，说依法治国是一个以德治国的前提，其实是很荒唐的……

记：这一类的文章报纸上经常有。

贺：没有太大的必要。

记：谈到"具体法治"这个问题，我认为您是最早提出雏形并且把它运用到实践中的人，您是如何提出这个理论创见的呢？是如何想到有具体法治的？

贺：无论是学术界也好、司法实践也好，大家一直有一个心态，觉得我们国家政治体制出了一种问题，政治体制改革滞后。有人说一党执政不解决，什么问题都不要谈，总是把现实当中出现的任何问题，都归结于根本性的大问题上，以为这个问题不解决，其它问题是没有意义的、是徒劳的。我认为这种观点可能是有害的，它一方面使得问题变得太过简单化了，它把中国今天建设一个法制社会所面临的问题大大简单化了。另外一方面也会使得大大的弱

化了我们在现实生活中能够做事情的可能。其实是一种牵一发而动全身，每一个整体都是由局部所构成的，大的问题并不存在统一的大问题。并不是大问题就很形象的摆在那里了，而其它的是小问题，大的问题不解决，小的问题就无意义，不是这样的。所谓的大问题是与小问题紧密的关联在一起的，在解决小问题的过程中，也会影响大问题的整个运行状态。比如政治制度的改革，现在有些地方，检方所拥有的证据必须提前要让对方能够知道，我们都知道这是对国家权利的一种控制，对检方所代表的政府权利的一种控制。追求辩控双方的平衡实际上是对国家权利很重要的一种司法意义上的制约，司法的制约使国家权利受到了限制。整个宪政制度就可能具有一种基础，司法的公正制度使我们可能得到更多的认可，法院公信力在不断的提高，人们会信赖法院，人们会更愿意有了纠纷找法院来解决，而不找其它机构来解决。最终，终极性的权力就会发生变化。为什么美国法院会成为三权中间的一权，而且是力量很大的权利？总统选举中发生的一些纠纷，最后是通过法院来加以解决？这实际上意味着法院在社会中巨大的权力。这种权力，它来源于每一个具体的、每一个这种看起来鸡零狗碎的制度设计。没有这些东西的话，就没有一种更加公正的司法和更加有权威的司法。我们 2000 年的历史中间，中国四大阶层，知识分子，他们从来没有缺乏过宏大的追求。比如说，张载的那句话，"为天地立新，为生民立命，为往圣继绝学，为万世开太平"，这种大话一直都不缺乏，从来历代知识分子都喊这些口号，天天想。但是，所谓"行为上为之道，行为下为之弃"，人们很少关注这个具体的制度问题，具体的制度建设。在一千多年衙门审理案件中间有多么严重的不公平，他们没有办法很好的解决这个纠纷。但是我们有多少人努力去改变这种制度？去创造一种新制度？没有。我们就是这样糊里糊涂的大话连篇，然后具体的事情我们并不认真的去做，带来这样一种口号治国。文章写的很华丽、很漂亮，以为社会就很华丽、很漂亮，其实差距甚远。所以今天我们比较庆幸的是我们有了这样一个法律职业，法学家、律师、法官、检察官，这样一个法律职业出现，使得我们能够从引进西方一些知识，能够传到这个社会中间，我们知道这个社会不能仅仅依赖大口号这个制度，什么立党为公、执党为民啊，口号多的很。但是实际上我们只是需要点点滴滴，技术性的改良，使得社会上的公正性越来越得到强化，渐渐的一种改变。这种东西我自己在《具体法治》的序言里边，我引入孙中山的话。孙中山有一本书叫《民权初步》，《民权初步》实际上讲什么？讲开会，怎么开会，他基本上是翻译了美国一本小册《罗伯特议事规则》。罗伯特是个军人，但是他对打仗不感兴趣，对怎么开会特别有兴趣，他一直在研究英国议会史。英国议会史上他是怎么开会；议长怎么样主持会议；然后是怎么不发生只有少数人有机会讲话，多数人没有机会讲话；怎么去表决，表决怎么去形成一个议会法案；一督是怎么回事，二督是怎么回事，一点点的大小。像民权初步，建立一个民权的政府，在孙中山看来应该学会开会，我们要懂得这种开会的规则。在今天这样一个时代里，我们会很多，文山会海了。但是我们开过多少有价值的会？我们有多少会议是这样的？比方说，有些会议不限制发言者的时间、讲话时间。最后，好家伙四十人在那一块开会，本来是大家都有机会讲话的，但是两位领导人讲完了，会议就该结束了，没有机会去发表自己的见解。有许多会议实际上是要讲话的，像人民代表大会，开会是代表们来审议的，每个代表都有机会来发表意见，发表不同的看法。但是我们不是，我们特喜欢争取能够在大会只是一个表决，开会之前把有关的东西就定下来了，开会只不过是个仪式、一个程式，这样的会议有什么价值呢？除了把纳税人的钱又花了一大笔之外，没有任何意义。所以我发现这种中国的事情啊，可能历来问题都在于我们，不可能去做具体的事情。孙中山发现了这一点，他说建设一个民权的政府在他看来是最大的障碍，最后汪精卫来整理孙中山的思想。孙中山去世以后，孙中山的三大学说被提出来了，但是汪精卫忽略了，其实孙中山一个非常重要的思想是"民权初步"，是如何开会。我想唤起人民对这样一种在法制社会建设过程中间具体制度的一种关注，而不是说一门心思只想着怎么去治根本性的问题，动不动就根本上来讲基本的问题，而忽略了一些细小的、具体的环节。

记：我曾经在早晨六点左右在睡梦中被北京第一中院的一个同学吵醒，一次是他告诉我他被任命为审判员了，他特别兴奋，可以想象他对法官这个职业的崇尚；另外一次是一个月之前，他说他要递交辞职报告了，仍然特别兴奋。两次都是他在早晨上班的路上给我打的电话。北京人行走在上班路上的时候，我们云南这边天还没有亮，那几天我的心情很沉重、很矛盾。最近昆明中院又有 7 名法官在同一个时间里提出辞职，其中有我认识的几个副庭长，我和他们有过工作上的一些交往，办理过他们一审的案件，我觉得他们很优秀，据说他们都可能去当律师。您如何看待法官辞职当律师这个现象？

贺：这是没办法，大家择业的缘故。有许多人现在一门心思要去参加司法考试，通过司法考试的目的就是为了自己能够赎一个自由身，能够有机会赚钱，而且不受各种各样的清规戒律的约束。现实的法官心理是不平衡的，他判决案件，一个案件判下来仅仅从案件受理费上就知道这个律师一下子的收入是多少，这都是明摆着的事。但是法官一年到头辛辛苦苦的收获，一年下来挣的钱，还没有一个律师一个案子赚的钱多。所以法官肯定不平衡了，这个时候，一个法官离开法院，我觉得非常正常的，不能苛求他，毕竟大家都要养家糊口。但是，作为政府、作为法院系统上层来说，这个问题真的是一个法院所面临的一个危机。需要检讨的是，为什么这么多优秀的法官都要走人？我想收入低是一个显而易见的问题。当然，我们知道也不是每个律师都收入高，中国相当多的律师还挣扎在贫困线上，他们在小的地方做律师，即使在北京的律师，也有相当多律师其实一年多的收入也就是两、三万块钱，并不是每个律师都有那么高的收入，但是高收入的律师的的确确真的是很多。辞去法官职务以后去做律师的人，大致上还是有一种自信的。这样的法官往往还是属于法院里有能力的，然后他又有人脉上的关系，长期做法官，如果做了十年法官，其实还是有许多资源可以利用的。比如说司法界的一些老朋友，还是会给他面子的；做法官时候与律师的交往，有一些好的律师大家都建立了很好的朋友关系，他就有一些很好的合作伙伴；甚至跟有些企业有一些关联，这就变得大家会觉得很可以有预期的收益的。总体来说法官的收入比较低下，是这个问题一个很重要的原因。但在西方国家，成功的律师和成功的法官之间的差距也比较大，大概是五倍左右。一个最成功的法官收入大概是最成功律师的五分之一，法官的生活基本上能够得到保障，比如说年薪十几万美元，十四五万美元、十六七万美元，这样的一个收入，但最好的律师还是比较高一些。但是法官这种职业能够给人带来一种人生价值实现的这样一种感觉，一种荣耀。比方说法官职业它是有权利的，它能够对你的案件做出一个终极性的判决，这事对法官来说，这是一个人能够觉得自己很重要的时候。这个感觉是非常重要的，也是一个致命的感觉。法官他能够显示出一种自己学术的追求，他跟行政官员不一样。每一个法官在判决的时候，要进行实质性、学术性的论证。司法判决，尤其是写得好的司法判决之所以使你能千古流传，成为教科书里面经常引用的范文，是因为这个判决书最大程度地显示了一个原则，学术方面的一种思考，是一个有思想的人、善于思考的人的独特的东西的体现。美国的一个大法官说，上诉法院和最高法院的法官职业中有许多东西是令人难以忍受的，但是最好的一种补偿，就是你可以发表不同的看法。合议庭五个人有三个人觉得自己应该这么判，行，按照你们这样判，但是我们这两个人自己发表一个判决书，这个判决书没有法律效力，但是必须发布出来，说你的这个是错的。霍姆斯大法官，一辈子被称为伟大的异议者，他就是你说对我就说错，他就是一定要指出来你的主流判决中的错误，所以他经常发表判决。联邦最高法院九个大法官，五个人做的判决就是有效判决。他往往是不管这个案件是怎么判的，只要是大多数人那么判，他一定是另外一种判决。他写一个自己的判决书。那个判决书过了十年以后，你会发现，霍姆斯大法官是正确的，他有一种历史的预见。他预见十年以后这个规则会改变，应该照着霍姆斯大法官所指出的道路前进。所以现在有人专门编了一本书《霍姆斯

法官异议集》，大家看这种法官真是了不起。这种职业，它可以做这样的事情，你说这种职业该多有魅力？你说这么做，我偏不这么做。另外的一个大法官说，这是法官职业唯一让人觉得是可以忍受很多常人不能忍受的东西的原理所在。我觉得这个职业最有魅力唯一的一点，是让你知道他的学术色彩。托林威尔 170 年前到美国去考察，他发现在这个国家里边，当总统的人经常不是第一流的人才，而是三流的人才去竞争总统。一流的人才往往会集中在法官身上，他们是法官。这个国家的法官是最优秀的人，他们法官收入照样也不如最好的律师。但是这种工作，这种学术的一种色彩，或者说是本身的一种理论思想在执业过程中能够显现出来，极大的补偿了他收入的下降。然后法官还有一种特色，就是法官职业有严格的保障，他不需要去竞争。法官分案，在西方国家都是抽签式的，摇奖一样的摇出案子，给你二号你就审理二号，给他三号他就审理三号，是这样的，他不需要到街上奔走。律师需要承担很大的商业意义上的风险，使得律师职业充满了竞争，连个安全感都得不到保障。而法官是天底下最安全的职业，他只要没有不正当的行为，就不受弹劾，他是终身任职，没有这种竞争的压力。法官有一种尊容感、尊严感，在社会上人们说起法官来，特别在西方国家，还有在日本这样的国家，说起法官大家都是那种敬佩的神色。我在美国发现教授见到法官非常尊重，简直可以说成是毕恭毕敬，对法官都是要"honour"，很尊称的称呼，在美国对总统都是"Mister

President"，不需要那种很大的敬语。但是唯一的一个职业保留了敬语，那就是法官，"your

honour"，"尊贵的法官殿下"、"法官阁下"，这样的一种称呼，在法庭上都是这样的称呼。所以法官尽管收入偏低一点--而现在看起来也不算太低，但是比律师要低。但是这足以补偿他经济上的损失了。我们今天这种制度，要想让哪个地方最优秀的律师去做法官，我看不大可能。现在有少数律师已经到法院去做法官，但是做副院长，有些个别地方。哪有说是去法院做一个普通法官律师就愿意进去的？所以我们要从上述这些事情的角度检讨一下，法院怎么去吸引律师、学者去当法官？使法院怎么去减少最优秀的法官下海去当律师？我觉得就是这几点，提高待遇，保障他的独立性；他不独立没办法。他独立了，他有权利，这个很重要。然后提高司法决策之间的学术色彩，他的职业保障了，不能够随便的被撤职、被处罚，无非从这几个角度去强化。

记：如果法官的选任标准不一样，他们对同样的法律条文或概念的理解就会参差不齐甚至大相径庭。比如，您曾经谈到过的王海打官司，他同样的一个诉讼，几乎是一模一样的诉讼，在东边的法院胜诉了，在西边的法院却败诉了，同一个问题为什么会出现这样截然不同的判决？这不仅仅让普通的老百姓不理解，也让从事法律工作的人不理解。在法官的选任标准这个问题上您有些什么看法？您曾经撰文《为什么法官当律师的多、律师当法官的少》，您的文章是否对目前的司法制度有所触动？您认为应该如何改进我国的法官选任标准？

贺：实际上肖扬院长刚刚在提倡，我就写这篇文章，多多少少有泼冷水的感觉。但是我觉得大家只是说理……司法准则的统一确实在一定程度上依赖于法官选任标准的统一。法官选任标准其实说起来也很简单，就是说法官它应该受到什么样的教育，他们对于法律准则的理解应当趋于一致，所以法律教育也是其中一个非常重要的环节。不同的学校，尽管老师不一样，但是教出来的知识应当是一样的。所以应当在法律教育过程中间强化这样一种管理，那就是要想方设法让人们的头脑被格式化，所谓的"象法律人那样思考问题"。这样的一种思维方式，能够得到更严格的确立的话，最后法官在做决策时就会趋于一致。法官选任当中，最应该避免的是各种各样的人都来做法官，没有经过法律训练的人也可以进入法院当法官，

知识背景很不一样，秀才遇见兵，有理说不清。不是说这个兵好或者那个秀才坏，因为他们的知识背景不一样，大家不能构成一种话语的重合，话语的沟通。我们有时候见到外国的法学家，一个法学教授第一次见面就感觉可以沟通，大家聊得的很开心。但是本国的人他不是学法律的，你跟他聊天，聊的是法律问题，格格不入，没有办法交流--尽管你跟外国人要说英语或者其它的语言，你跟本国的人说的是汉语！所以说我们这个社会的在分化，在逐渐主张这种法律职业化，意味着这样一种法律人知识的独立性。所以法官选任的时候如果大家各种背景都有，那你就搞不清了。有时候，比如说院长，中国法院院长的外行比例很高，他进来以后怎么就能够与在法院里边长期做司法审判工作的人沟通？有时候真的不好沟通。他更注重的是一些大口号，他对很多东西有时候在过分的追求一种概念的统一理解，会觉得大惊小怪的在干嘛？这就容易导致一个法院系统四分五裂，没办法有统一法律的选择。为什么过去我曾经对没有受过法律训练的复转军人进法院进行批评，其实并不是我对这个群体有任何偏见，而是因为我觉得着眼于中国未来市场经济的发展，法律标准的统一。如果说我们一直就这样担心没有受过法律训练的军人搞到法院当法官的话，那么其实就是很难想象将来能够取得一种法律准则的统一。尽管有许多军人、复转军人到法院以后他们也可能刻苦的学习。但是人过四十岁，再重新学习一门知识，这种可能性已经不大了，不容易了。四十多岁的人再被另一门知识的改造的可能性几乎微乎其微了，他们那种长期形成的思维模式、思考问题的方式和其它行业就不一样了。军人很注重服从命令，所以那些转业的那些朋友到法院来，院长对他们都很喜欢；还有这些人特别听话，院长让做什么就做什么，以前是正师级的，师长，转到法院来，没关系，只要进来给他任命一个角色，他就会很认真的去干；然后接下来就是，对院长的话言听计从，他不会有怨言。有时候我到军队讲课，真能感到上级下级的关系，是很清楚的。官大一级压死人。我去以后，都是一个上校在旁边开车门。等级意识真的很强。这个东西能形成某种效率，但是法院需要的不是这样的效率--当然法院的后勤部分、管理部分，比如办公室啊，政治部啊，司法行政啊，包括执行部门也许需要这样的效率。法院需要的是独立精神，而不是服从的意识。这些人进来以后，往往独立精神就有所缺乏，而他们这个年龄是没有办法培养一种独立精神了。军人的一个特点是不和上级、上司争执问题、辩论问题，你如果让他和他的上级辩论一个问题的话，他会觉得很别扭。良好的选任制度能够使得法律司法准则的统一，这是很清楚的一个问题。当然也不能完全的依赖单纯的选任制度的统一。司法准则的统一还依赖于上诉和审级法官相互的一种平衡，我们要有一种机制，来使司法准则保持统一。西方法制国家里边，上诉法院注重的是标准统一。比如我们，我们必须有一种机制来保证云南高院和贵州高院的司法判决是一致的；同样的事情同等的对待，同样的案件在这两个省之间应该保持一种平衡。尤其是市场经济所要求的那些法律解释，合同法、民法通则，怎么样去解释它。如果贵州省高院标准和云南省高院的标准经常不一样的话，那导致的问题是这件案件这边手里，判决是胜诉，那边可能就败诉了。当事人现在经常提管辖异议。一打官司就提管辖异议，为什么呢？大家掌握的标准不一样，当事人打官司像两个足球队在踢球，主客场意识很强。好家伙，红塔队在云南踢球，大家都在喊好，然后一到别的地方就不行了。如果诉讼有了主客场意识的话，那是很可怕的。所以，我们要保证高级法院系统大家相互间的决策能够很容易互相沟通、互相了解，同等类型的案件怎么样去判决？我们要经常参考，比如上海法院怎么去判、广东高院怎么去判、甘肃高院怎么判，要相互知道。前一段时间，我写了一篇文章，我主张建设透明法院，我要求中级以上的法院的判决发布以后，20 分钟就能上网查询，法院官方网站能够出现全文，大家都能够看；还可以检索，我要检索某某法官的判决，名字输进去他所有的判决都出来了；然后类型，我要查抢劫罪，全国最近发生的案件设计一个时间段，所有抢劫罪的判决都出来了，怎么合理量刑，大家都有一个参照。我们现在看起来根本做不到这一点，我们的高级人民法院相当于只受理来自下级法院的上诉，然后自己还做一审。我认为高级法院做一审都有点荒唐，高级法院应

该基本上不做一审，正如最高法院也不应当轻易的做二审一样。因为最高法院做的是宪法意义上的事情，统一法律制度，或者准则，你还要去做二审，还要对事实进行审判，简直可以说是一种很荒唐的设计。高级法院之间必须要有一种判例的相互交流的一种制度，制度化的要求每一个法官，每一个审理上诉案件的法官都必须关注其它法院的判决，你可以在判决里面引用。从而使得整个的高级法院成为统一的法律制度，这是统一法律准则最重要的一个渠道。然后，在最高法院也是一个最重要的渠道。这样的话，就使得一个国家的法律准则基本上趋于一致。所以我觉得这两个方面，一方面是法官，另外一方面是这个统一的法律解释机制。要形成所谓的主流的法律解释，对于一些主观的概念都有全国统一的解释，不可以违反，违反了马上就有可能引起司法机关的上诉可能。

记：另外一个问题，法官的职业风险问题，这个好像也是您一直关注的问题。首先，我作为法官中的一员，对您一直关注法官的职业风险表示感谢！河南发生的"李慧娟事件"，因为法官在一份一审判决书对省级人大颁布的法规进行了评判，导致了她后来命运的改变。这个事件实际上也凸显了法官的职业风险问题。您觉得法官职业风险在中国是一个什么样的状态？

贺：现在的法官应当说是他是一种高风险职业吧，李慧娟法官的事件应该说是一种很特殊的情况。象她这种只是在判决书里面作一个官方某些人所不喜欢的这样一个措辞，就导致了这样一个大问题，这个可能是一个很特殊的情况。但是，许多时候我们听到的法官受到某些处分，这种处分是否合理？比如说错案追究制度，这个制度仿佛是悬在法官头上的一把剑，经常会被追究；有一些地方，法官还遭受一些报复，当事人拿硫酸泼法官；像广东的莫兆军，由于当事人在法庭中自杀，他受到长期的不应该有的折磨，进了看守所，结果这个案子最后是法官被宣告无罪。实际上法官这种职业，我认为非常重要的是要保证他能够非常从容的、不承担任何风险的去追求正义。而不是要冒着杀头的危险，去追求正义。过去长期倡导法官所谓的"三不怕"，即不怕杀头、不怕坐牢、不怕离婚。用这种方式来追求正义，对于我们来说是代价太大的一种方式。所以如何去保证法官这样一种职业的独立性？法官不应该承担太大的风险，他只是自己对法律准则理解的差异，导致他的判决被上级所改判，这不应该是法官的一个过错，而是正常的司法过程中的一个特点，否则我们要上级法院干嘛？要是下级法院做出的判决，上级法院它都会认可的话，那么上级法院就变成是多余的了。所以在这个问题上要避免法院内部权力不正当的行使来干扰法官职业的独立性。对于发生的某些个别事件，比如说，由于当事人自己的原因败诉而寻短见，这是要严格区分相关的责任，使得法官不至于受到也不应当受到不应有的追究。我想这就是保证法官独立性的非常重要的方面。那另外一方面，我想很严重的问题就是，许多法官做了法官不应当做的事情，而得不到应有的惩罚。从法制发达的国家标准来看，我们法官，说老实话，最廉洁的法官可能也存在严重的问题。比方说，当事人请吃顿饭，相关案件的代理律师，来请二审案件的法官吃顿饭。我们这个地方，可能吃顿饭是最廉洁的了，只是吃顿饭。而且有人还倡导应该是吃了原告吃被告，吃了原告而不吃被告，就没有办法保持平衡，这种说法也非常的怪异。这种情况在法制发达的国家如果报道出来是"地震"级的丑闻，法官单方面接触当事人都是不可以的。我们有一年到美国考察美国的司法制度，在加州，法官纪律委员会的一个人告诉我们，去年他们处理了两个法官。什么原因？一个法官是审理了一个案件，他的太太握有当事人一方的股票，他应该回避，没有回避。因为他夫人握有那个公司的股票，那么他审理案件时候容易给人一种不公正的感觉；另外一个法官是加州的法官到邻近的一个州，在酒店里边喝酒，喝得烂醉如泥，打打闹闹的，结果被人检举了，这两个法官就被免职了。这个就是他们那年处理的两个法官。跟我们一块的同行省高院的一位副院长回来对我们私下里说美国人肯定说假话，怎么可能呢，

我们湖北省一年处理了一百多个法官，加州这么大，他们才处理了两个。他不相信。他们把两个法官弹劾了，仅仅就是这样的原因。在中国，这样的事情，一个法官能被处理，那简直是说到天亮别人也不相信，所以我们要看到问题本质的严重性。当然我要说这是职业化建构过程中间没有办法一蹴而就能解决的问题，还需要有个渐进的过程。

记：您如何看待中西方法律和法官制度？对不起，我把范围再缩小一点，您如何看待中国和美国的法律和法官制度？二者之间有什么差异，优劣在什么地方？

贺：这个差别非常多，宽泛的说比如说法官选任，在英美国家他是从律师和检察官中间选任，法官更容易走向一种精英化的道路。而在中国是起始从业型的法官；相对来说法官数量在美国比较少，即使法官按人口比例来比的话，也比中国少得多。美国的法官数量包括联邦法官，州法官，法官是 3 万多人，而我们的法官是二十五、六万人，大概是这个数字。按照人口比例来比的话，我们有十来万法官应该是差不多的。美国的司法是一种联邦和州分立的，州的法官是由州自己任命的，自己实施自己的一套法律体系，联邦法律与州是一种交错状态的，凡是涉及到两州之间的公民的诉讼，或者两个州企业之间的诉讼，都一律由联邦法院承担、管辖、处理，所以联邦制是美国很重要的一个特色。一个案件起诉之前，必须要考虑是使用联邦法还是使用特定的州法，这是我们这里没有的。我们是单一制的国家。象美国的联邦最高法院承担政治职能，我们的最高法院在政治方面基本上没有多大的地位，也形成了很大的反差。

记：几年前曾经发生过一件事，在高级法院的大门口，贴着一张"有事找警察"的牌子，现在改成"有困难找警察"，还有其他的一些牌子。很多高级法院门口都有。据说这是一种综合治理的任务，不贴这个牌子，高院在年终评比的时候，某一项评比就有可能少一分，一个外籍教师曾经对此提出了一些看法，你如何看待这个事情？

贺：总体来上说，应该是法院不独立的一个问题吧。法院受制于地方权力的控制，地方往往把法院视为自己一个厅、委、局之类的，根本不当成特殊的独立的机构。有一年政府方面换届，中央电视台《东方时空》搞了一个政府部长访谈录，各个部的部长都出来接受记者采访，一天一集，一天一个。部长都完了之后，接着，就是最高法院院长肖杨出来接受访谈，然后是韩杼滨（编者注：韩杼滨系最高人民检察院检察长）接受访谈，部长访谈录，一个系列。很多人都觉得法院只不过是政府体系里的一部分。

记：是不是可以这么说，中央电视台的所有编导人员都把最高法院当成了政府的一个部门，"一府两院"的宪法概念并没有深入人心？

贺：对。法院的这种独立性，对法院在宪法框架下的一个独特的地位，没有多少人去关心它。所以行风评议等等这些都对着法院，法院参加什么行风评议，参加什么综合治理评议，然后就是扣分等等。法院根本不需要参加这些东西。根本不应该参与这一类的事情，法院不应该接受别人的评价。在西方国家法院、法官不得接受任何的奖励，优秀法官啊、三八红旗手啊、劳动模范啊，法官参与这些事情干嘛？官方，最高法院还组织选"十佳法官"，到年底还搞一个很隆重的仪式。中央电视台参与，中央电视台也是主办方，那以后案件涉及到中央电视台怎么办？法院怎么保持中立呢？能够保持公正吗？另外一方当事人会怀疑，中央电视台以前表彰过法院，他们审理案件能公正吗？这种表彰是一种诱惑，所以西方的法院不会参与这些事。一个法官就是坐在屋里边审案件，坐在法庭里边审案件，他不去接受你的这个评

议，那个评议。没有一个国家象中国一样有这么多的评议，评这个奖、那个奖，而没有一个国家像中国各种奖项都跑了调，最后评出来大家都有非议。我们学术界也是这样，优秀法学家啊青年法学家之类的，很无聊的一些东西。所以最优秀的人一般不去参与评议，最后就变味。谁的官做的大，谁就是优秀，谁就当选"十佳法学家"；评"国家图书奖"，每年的第一名，不是研究"毛泽东思想"就是研究"三个代表"，研究"邓小平理论"。这种研究天然就能获得"国家图书奖"，这种东西算什么？所以从宪法的角度来说，宪法学要得到发展。宪法学最重要的一点就是研究法院，研究法院到底是个怎么样的机构，这个机构它的独特性在哪，所以这个观点要广泛的传播到人们的心目当中，让大家知道法院和其它机构不一样。另外一方面，司法区划与行政区划相分离，我们不再是云南省的法院，和云南省的行政区划不沾边，和云南省行政权力的不搭界，跟他党的权力也不搭界，跟立法权力也不搭界。那么在财政方面也支配不了你，它就干预不了你了。高级法院的财政都是由中央拨款，中央有司法财政，那你就独立了。什么时候听说"云南省军区"这个牌子旁边挂了一个牌子？谁一定要在云南省军区门口挂"有事找警察"的牌子，没听说过吧？因为它是独立的，它不受地方的控制，我们以后司法独立了你还敢在我们门口挂个牌子吗？我把它砸了！

记：现在居委会也可以控制高级法院，下个通知啊什么之类的，参加这个评选那个评选。

贺：国家治理最基本的问题没有解决。这国家 50 多年来的历史，就没有想一想，好好研究一下怎么治理这个国家。天天喊一些大口号。

记：一般而言，法治理念应该包括诸如法律至上、依法办案、秉公办案等等一些观念，从您的角度来说，您认为法官应该具备什么样的法治理念？

贺：我觉得一个法官，最基本的知识结构首先是第一点，首先要有精湛的法学知识，法学知识的素养，然后要有对正义本身的追求，这样一种精神，这种精神要体现在他的行为中间；法官要理解法治的基本道理。其实我们在相当长的时间对法律学的研究是脱离法治最基本的准则的，所以有时候一些法官说起来什么是法治社会没有准确的理解。法治社会当然法官非常重要，如果法官对于什么是法治社会都没有一个好的理解，准确理解的话，那么他在司法过程中就会迷失自己的方向。因为法治社会政府权力受到法律规则的严格限制，立法本身也要受到制约。尽管有民主，人民的意志就是法律，但是前面人民的意志要约束后边人民的意志，因为法律不能随便修订。如果宪法、法律可以随便修改，过两年就修改一次的话，那么根本就不是一个法治社会。所以说法官是一种保守的职业，就是说每当发生一个问题，处理一个案件的时候都要回过头来看一看过去的法律是怎么规定的、怎么制定的，从前的法官是怎么判决案件的。所以他这样总是向后看的精神使得他天然具有一种保守性，他不可能像政治家那样经常头脑发热。相反政治家头脑发热的时候，法官要给他泼点冷水，让他头脑清醒一下。所以法官是不可以与时俱进的，法官不能与时俱进，今天一个标准，明天再来一个新的标准，那法治就没有了。法律就没有一个可预期性了。法治要求法律规则比较明确、清晰，法律规则要统一、单一，司法过程中要使这种法律准则变得越来越清晰、越来越明确，用人的语言创造的法律体系的很多语言实际上在很多时候是模糊的，就像你刚才谈到的消费者的概念问题。实际上法官要通过这种司法过程使得这些概念越来越清晰、明确，而不是永远只通过模糊来使得自己上下取舍，想怎么判就怎么判，这就不是法治了。法治社会要求，在法制与民主这样一个逻辑之间保持一种合理的平衡，而不是一味的完全要民主的逻辑。比如说，如果保护少数人民主的原则，不能说多数人说了算。法律人要考虑到少数人权力保护的问题，法制社会要求司法的独立性，司法独立是法制社会的一个根本。我们可以列举出十

条八条的法律，这个不难吧？但是如何能够通过司法行为的本身来使法制社会的要求逐渐的落到实处，落到每一个案件的处理过程中，这是最重要的。法官的素养很重要的一个特点是法官的职业伦理，职业伦理也许不等同于所谓的职业道德。过去我们往往用职业道德衡量法官，现在应该强调职业伦理。职业伦理是和职业密切关联的。也就是说它不是一种广泛的职业道德、社会大众接受、主流人都认为这是道德那是不道德，我认为不是这样的。法官要执行的许多理念在法官职业领域有密切的关联，吃别人的饭，接受贿赂，这就不是职业伦理了，这是犯罪了。法官收受贿赂和其它公务人员收贿赂都是犯罪的，其实我们要解决的是一种行规意义上的行为准则。法官不应当用自己的偏见影响到司法过程和司法结果；法官或者任何人对任意事情都有偏见，对有些人来说，他小时候的生长经历会导致他对某些事情的偏见，喜欢某一类型，不喜欢某一类型。但是你在司法过程中要谨慎避免这种偏见会影响到你的司法过程，对一方当事人和颜悦色，对另一方当事人只是因为他是一个同性恋者你就很不喜欢，对他恶语相加，这就是违反职业伦理。法官要避免单方面接触当事人，或者是他的律师，这是职业伦理；法官要跟一切不符合，或者违反司法、侵犯司法独立的行为进行法律意义上的抗争、合法的抗争；法官要注重瓜田李下的效力，法官要保持自己职业行为和日常行为中间的庄重和严肃，他不应该因为自己行为的某些个不检点，而使得人们对司法正义产生怀疑。还要牺牲许多常人应有的娱乐：他不可以随便的在公共场所唱卡拉 OK；他要千方百计避免人们怀疑他的公正心；法官要注重知识的积累，司法的尊严往往来自于一个人对知识的理解。要理解一个社会，法官只是懂法律是不行的。所以法官要不断的观察社会和积累知识，使得自己对正义的理解能够更加准确。行使权力的过程中间能够有更好的说服力，让当事人觉得你真的是一个正义的法官，这就需要对古往今来知识传统的理解。所以最可怕的法官就是一辈子不爱读书的法官。法官要避免司法拖延，审期要有严格的规定，即在审期之内如何保证司法有效的取得每一个人在正义上的美好，这是法官应当注重的一个问题。司法拖延会带来很多问题，比如证据的灭失，人们对法院的看法，等等。一个案件拖延一天对法官来说不算什么，但是对于当事人，比如一个被羁押的人来说，什么是度日如年？这个问题，需要法官更多的从人性的角度去体谅。所以法官这种职业的原理，我认为是跟法官是密切关联在一起的，需要在这方面强化，也需要在法律教育过程中把握这样一种观念，让更多未来的法官能够提前奠定好基础。

记：我们一直都在谈司法公正，但还没有一个准确的司法公正的概念，也没有一个权威部门对此作出一个无争议的定位，谁都可以就司法公正下定义，我们也不能确定谁谈的司法公正就一定是正确的。请问您如何看待司法公正？什么样一个范围？轮廓？就案、就司法实践谈谈您的看法。

贺：实际上司法公正就是法官判决案件一定要使自己相关决策符合法律，这样一种状态，就叫司法公正。法律上有明确依据，它同时按照这个依据判决，这就是公正。当然社会中间司法公正是非常复杂的，所有的案件相互利益都是冲突的，这样一种较量，法庭上的较量。所以司法的公正有些不仅仅是实体意义上的公正，也是程序意义上的公正。法官如何在整个司法过程中保持一种威严、中立，这是司法公正应该有的内容之一。这个时候就需要在程序的各个方面显示出法官的司法的公正性、中立性。法律的规定再周密也无法涵盖社会生活中的一切，所以一直存在一种矛盾--严格的依照法律和法律中间有漏洞之间的一种矛盾、一种冲突。法官经常要对于相关法律进行拾遗补缺，法官不可以以法律没有规定而拒绝受理案件。这个时候司法公正就对法官提出了更高的要求，就是说你如何在法律规定不是很清楚甚至没有规定的时候，来合理的使一个案件得到公正的审理、公正的判决。我相信这方面西方国家积累了一些很丰富的经验，可以学习、借鉴，为什么法律没有明文规定的依照习惯？习惯没

有规定的依照法理？依照法理的话那就是依照怎样的法理来判决案件？这就需要法官对相关的一种判决进行严格的推论、严格的推理。明确的告诉我们依据的准则来自哪里，是怎么做出的这样一个判决的。所以对法官的知识要求是非常高的。好在不是所有的案件都不是这么复杂、这么可怕，许多案件实际上是依法裁判就可以解决问题了。我相信除了每个法官的努力，整个司法系统有意识的推动这个制度的发展，也非常重要。有时候，应当允许一些法官做出一些不是很受欢迎的判决，人们都觉得不公正，实际上从长久上来看，这种判决才恰好是公正的。所以要保证一些司法决策不受直接所谓民意的一种制约，不能够由于民意，大家都起来反抗、反对，就轻易的推翻一个司法判决，这也不是法制的一种逻辑。

记：谢谢您接受本刊的采访。

[人物简介]贺卫方，男，1960 年 7 月生，山东省牟平县人。分别于 1982 年和 1985 年获得法学学士和法学硕士学位。1996 年－1997 年间在美国哈佛大学法学院做访问学者。大学毕业后在中国政法大学任教并主持《比较法研究》季刊编辑工作。1995 年调至北京大学任教。现为北京大学法学院教授、博士生导师、《中外法学》主编、北京大学司法研究中心主任。

上传时间： 2005/2/22　　文章来源：新华网　　本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

走向具体法治

by 贺卫方

序跋

１９８１年，华东师范大学出版社印行了胡适的两本书，其中一本是胡适“英文口述”，唐德刚“编校译注”的《胡适的自传》。这大概是“文革”后胡适作品在大陆的第一次复出，也可能是唐德刚先生作品在大陆的“首演”。我读那本书，特别喜欢唐德刚先生附在每章后面的注释，书的本文——胡适的自述反而退居其次了。夏志清教授评得好：“德刚古文根底深厚，加上天性诙谐，写起文章来，口无遮拦，气势极盛，读起来真是妙趣横生。”从那时起，我对“唐派新腔”或曰“德刚体”简直是着了迷，见到唐氏著作总要买来读，从中获得很多教益。

唐德刚先生过人之处不仅仅在于他的古文根底和妙笔生花，现代社会科学的严格训练和长期的域外生活经历更让他眼光独到，能发前人未发之幽。例如，《胡适的自传》第四章注四论及孙中山的《民权初步》，认为其重要性不亚于《建国方略》、《建国大纲》和《三民主

义》，然而，却被某些人忽略了：

孙中山先生是近代中国最高领袖中，凤毛麟角的ｍｏｄｅｒｎ　ｍａｎ；是真能摆脱中国封建帝王和官僚传统而笃信“民权”的民主政治家。他了解搞“民权”的第一步就是要知道如何开会；会中如何表决；决议后如何执行。这一点点如果办不到，则假民主便远不如真独裁之能福国利民。中山先生之所以亲自动手来翻译一本议事规程的小书，而名之曰《民权初步》，就凭这一点，读史的人就可看出中山先生头脑里的现代化程度便远非他人所能企及。汪精卫在“总理遗嘱”中之所以漏列此书，显然是说明汪氏认为这种小道何能与“总理遗教”的经典并列？殊不知我国的政治现代化运动中所缺少的不是建国的方略或大纲，而缺的却是这个孔子认为“亦有可观”的小道！……英语民族在搞政治上的优越性，就是他们会开会：认真开会，和实行开会所得出的决议案。其他任何民族开起会来都是半真半假。半真半假的会便不能搞“分工合作”和“配合工作”（ｔｅａｍｗｏｒｋ）。而英语民族在政治上的最大武器便是“配合工作”。（页８９—９０）

从前读这段注文的时候，即有振聋发聩之感。是啊，在过去的一个世纪，不，在整个中国的历史中，我们什么时候缺过显示高远价值或宏大价值的口号？但是，口号与现实之间的关系，总像《动物农庄》里的“七条戒律”与动物们的真实处境一般，反差到令人不可思议的程度。为什么我们总是摆脱不了“播下龙种而收获跳蚤”的怪圈呢？很重要的一个原因便是，我们不能把宏大的价值与不弃微末的具体制度与程序的建设之间结合起来。

法治建设方面又何尝不是如此呢。我们的法律，从宪法到行政法规，目前已经是洋洋大观。宪法规定了“中华人民共和国的一切权力属于人民”，规定了“任何组织或者个人都不得超越宪法和法律的特权”，规定了公民所享有的一系列权利，规定了法律面前人人平等原则，规定了法制统一原则，规定了审判权和检察权独立原则。可是，当我们对照当下法律生活的现实，就会发现，宪法和法律中所规定的不少原则和权利缺乏具体的制度和程序作为保障，从而流于“名归而实不至”的境地。

例如“法制统一”原则，虽有宪法规定，但是，如果法官的选任标准不一，他们对同样的法律条文或概念的理解就会参差不齐甚至大相径庭；如果没有协调高层次法院之间相关判决的有效机制，不同地方的司法决策当然肯定要各行其是；如果法院在审理具体案件时不能对低位阶法律是否与高位阶法律相符合，以及法律是否与宪法相符合（即合宪性）进行审查，便无法细致地辨析那些表面上难以觉察的法律冲突。所有这一切，都是在提出法制统一原则时必须考量的前提。

从前，人们观察欧陆与英美的政治法律学说与制度，每每受到欧陆理性主义和高亢的权利宣言的鼓舞，反而对英美式的谦和而渐进的学理与制度评价甚低。但是，经过一次又一次的剧烈的社会变革和革命“洗礼”之后，我们终于意识到，宣言不等于现实；离开了具体的法治，那种宏大而高扬的法治只不过是引起空气振动的口号而已。

●《民权初步》的现代译本：《议事规则》／［美］亨利·Ｍ·罗伯特著／王宏昌译／商务印书馆１９９６年版

（本文是作者为近年文章的结集《具体法治》所作的自序，本报刊载时略有删节。该书即将由法律出版社出版）

http://www.nanfangdaily.com.cn/zm/20010816/wh/200108160372.asp

上传时间： 2001/9/19 文章来源：南方周末 2001 年 8 月 16 日

走向司法公正的八个制度要件

by 贺卫方

司法公正已经成为时下整个社会的强烈期待。这是与中国社会结构所面临的深刻变化密切关联的。过去在计划经济时代，法院只是无产阶级专政的工具，行使权力的范围无非是"打击敌人"和处理婚姻纠纷，在整个权力结构中只是一个边缘化的角色。然而，市场经济的国策却将法院推到了权力的前台，当行政权力不再主导经济生活的时候，法院正以前所未有的强度和深度进入到经济以及社会生活的调整过程中，成为一种引人注目的权力。

因此，司法公正受到越来越广泛的关注，甚至，越来越多的人们对所谓司法腐败表现出的强烈不满，正可以说是为司法改革提供了难得的契机与动力。话虽然这么说，当我们回顾近年来的司法改革时，还是可以看到，改革本身也存在着一些缺陷，或者说，也许改革本身也需要改革。一个明显的缺陷是，由于改革措施大多由不同的司法机关推出，因而难免头痛医头，脚痛医脚，缺乏一个全方位的考虑。更因为相关结构囿于自身权限，难以对不同权力——例如法院与人大、法院与检察院——之间的关系提出构想，造成盲人摸象式的混乱局面，甚至导致旧弊未除，新弊复生的结果。我认为，我们需要改变现状，例如是否可以在全国人大的层面上，设立一个“司法改革特别委员会”，这个由民意代表、法院以及检察院等司法机关的人士、律师以及法学界专家组成的委员会通过深入的调查和细致的研究，提出一个司法改革的一揽子方案，经过全国人大讨论和通过后，在全国范围内认真扎实地加以推行。

要实现司法公正，重要的问题仍在于制度。其实只要深入观察，我们就可以发现，现实生活中发生的司法不公甚至腐败行为，多半源于制度的缺陷，而非法官的个人品行。下面列出的是我认为要实现司法公正需要关注的八个制度要件：

第一，我们必须改变目前的司法权实际上从属于地方的问题。在现行制度上，我们的司法管辖范围与行政以及立法的管辖范围完全重合。宪法规定法院院长以及法官由同级人大及其常委会产生并对其负责，财政也完全依赖地方权力，导致法院对地方的严重依赖。本来是国家设在地方的法院变成了从属于和听命于地方的法院。于是地方保护主义遂难以避免，甚至由于法官“各为其主”，不得不对同样的法律条文作出不同的解释，更加剧了法律准则的四分五裂，破坏了人们对法律统一性的信赖，成为妨害市场经济发展的巨大障碍。指望通过思想教育便可以使法院院长以及法官秉公司法而不考虑地方领导的意志是徒劳的，这是要求他干超越人性的事。在经济领域，比如说金融，政府比较重视统一管理，中央银行与地方脱

钩就是一个很好的改革举措。但是这样的思路在司法方面却没有体现，以经济建设为中心造成了我们对社会中非经济类制度建设的忽视，看不到如果没有这些制度的合理化，经济是不可能健康发展的。实际上，比金融中央化更重要的司法中央化，因为法院毕竟是社会正义的最后一道防线，金融系统出现的弊病还可以通过法院加以矫正，法院判决不公却无法求助于银行。现在的情况是，中央化银行出了问题还要找地方化的法院，这样处理中就会大打折扣。只有让法院非地方化，才可能解决公正问题，当然，法院非地方化并不是又要把它变成一个行政体系，近来一些人似乎热衷于论证法院"垂直领导"的改革方案，这可以说是一个新的误区。司法独立的本质应该是法官个人的独立和每个法院独立于它们的上级法院。我认为这是建立公正的司法制度的十分关键的一个方面。

第二，我们应该改革法官的选任制度，准确地说，是严格按照《法官法》所规定的标准选任法官。法官队伍整体素质的高下，关系到司法权行使的正当性，关系到法院以及法官在民众心目中的形象，关系到通过司法而创造的法律准则的统一，也关系到能否在法官中形成同事之间的恪守司法伦理准则的机制的形成。按照 1995 年生效的《法官法》，要成为法官必须要经过大学以上的专业法律训练，或者有两年的法律工作经验。应该说，这个标准略显低了些，但遗憾的是，即使是这样的低标准，仍然未能落实。一些没有受过法律专业训练也没有法律工作经验的人仍可以进入法院，成为法官。如此这般，形成的一个后果是，法官队伍仍然缺乏同质性，不仅仅在法律的语言、法律的知识、法律的规范方面四分五裂，就连司法伦理也四分五裂，导致了同事之间缺少制约。我们可以假设，如果一所名牌大学的教授选任不讲标准，不管什么人都可以来当，不需要什么学位，也不需要什么科研成果，那么这样最后导致的结果将会怎样呢？势必是剽窃别人的科研成果、盘剥学生的成果、不好好做学问都算不了什么，结果必然是真正优秀的教授在这里呆不下去，纷纷离开，用孔子的话，叫"危邦不入，乱邦不居"。所以，如何严格地执行法官法所规定的法官选任标准确实是一个很大的问题，必须要解决。

第三，司法权的司法化问题。司法权的行使方法必须要得到真正的反省，并且在程序的各个环节中得到体现。合理地行使司法权的前提是必须要清楚地意识到什么是法院，它不是一个行政机关，为什么它跟行政机关是不一样的，那么法院不一样，不一样在哪？并不仅仅是挂一块牌子法院就是法院，它一定是行使权力的方式跟行政机关不一样，所以对司法权性质必须要作一个更深入的思考。比如说什么样的案件是我们能够受理的，什么事务是我们不可以做的，为什么法官要严格地遵循程序，为什么他只能在法庭上行使他的权力，而在大街上行使权力的人不是法官。我们现在还有法官到大街上，在柳树下，小河边行使权力，这不是法官，这是行政官。还有，司法权要公开，它不能是暗箱操作的结果。这些都应该在相关的规范中确立，所以我们必须重新思考司法权的性质，思考法官这种职业的性质，这样就能逐渐地确立一种共识。

第四，法院内部管理制度的非行政化。这里指的是法院内部机构设置及其职权的合理化、法官个人独立地位的保障以及上下级法院之间关系的理顺等，其中关键的问题是法官个人的独立。审判委员会制度在过去的司法过程中发挥了应有的作用，但是，其弊病也越来越明显地暴露出来。审委会决定案件违反了司法公开的原则，破坏了回避制度的效果，造成了司法效率的低下。更严重的是，它导致了对法官的控制与法官素质低下之间的恶性循环。人们看到了法官素质不高，因此用审委会对审判结果加以监控，然而监控使得法官权力虚化，内心的失落与当事人及其律师的鄙视将使他更缺少责任心和荣誉感，愈发不思进取，自暴自弃，这样又导致更严厉监控的正当性。审委会如此，院庭长批案亦复如此。此外，目前推行的法

官等级制度也过于细琐，强化的是法官之间的等级差异，不利于法官独立意识的养成。要在法官中形成追求公正司法的风气，需要确立责任与荣誉相结合的机制。当责任与荣誉都无法推诿的时候，法官追求正义的热情与智慧便会被激活，我们就可能走上一种良性循环。

第五，确立一整套良好的司法伦理准则，和执行这套伦理准则的机制。司法伦理具有它自己的特点，比如说受贿不是一个司法伦理的问题而是一个法官犯罪的问题，法官犯罪与其他人一样要依据刑法加以制裁。司法伦理一定是建立在对于司法官的职业特色清楚意识的基础上的一套行为准则，比如说他跟当事人之间的关系应该怎样处理，他跟律师之间的关系应该怎样处理，他是不是应该远离商业、远离政治，还有他跟法学学术之间应该有什么关系，他应该怎样避免自己的偏见影响司法决策，如何解决司法拖延的问题，都是司法伦理所涉及到的主要内容。但我们这一方面过去做的很不够。当然，司法伦理建设方面的一个重要事项是要有一个有效的执行机制，我们现在一方面是一些违反职业伦理的行为得不到及时的矫正，另一方面，法官又动辄得咎，经常受到不正当的威胁甚至惩罚。例如，对于新闻界“曝光”的某些行为，我们惯常的做法往往是不由分说，不顾正当的程序，免去一名法官的职务简直易如反掌。法官的地位如此没有保障，是一件极其可怕的事情。一些法制发达国家的经验表明，严格的身份、职务以及收入保障是司法公正的制度前提。我们需要建立起一种机制，让涉嫌违反职业伦理的法官也能得到公平的对待。可以考虑在人大中设立一个机构以公开的程序审理被追诉的法官，让他们也能够有一个公开申辩的机会。

第六，司法改革还有一个问题，就是要调整、理顺不同的法律机关之间的关系，比如说法院和检察院之间的关系，法院与公安系统之间的关系，等等。公安机关只是一个行政机关，检察院则是行使行政权的司法机关，因为它积极地追诉犯罪。这些机关之间的关系现在并没有理顺，相互配合有时蜕变为职权混淆，相互制约又经常变质成斗气冲突。无论是职权混淆，还是斗气冲突，都严重地弱化了司法机关保护权利和惩罚犯罪的功能，伤害了司法机关的公正形象。

第七，必须要理顺法院与人民代表大会之间的关系。人大是最高权力机关，对司法机关当然拥有毋庸置疑的监督权力。不过，这种权力应当体现在对法院财政、人事等领域的监督上。例如，经费的支出是否合理，是否存在不正当收费，任命过程中候选人是否符合法定的任职资格，严重违反职业伦理的法官怎样加以弹劾，等等。在这些方面，人大的监督还很不够，应当进一步强化。可以说，某些地方一些不符合法官法规定任职资格的人进入法院成为法官甚至法院院长，跟人大在任命过程中没有有效地行使上述权力有直接的关系。值得注意的是，现在，一些地方出现了另一种监督，那就是人大插手对具体案件的处理，这种名为“个案监督”的做法混淆了立法权与司法权的界限，实际上也降低了人大的地位。由于人大代表并不是按照法官的资格加以选任，人大对具体案件的了解通常并非通过两造对质的方式获得，而且也缺乏司法程序的制约，个案监督也可能导致更多的不公正。因此，如何既强化人大对司法机关的监督，又不使人大取代法院成为司法机关，将是我们走向司法公正的又一个制度建设的关键点。

最后，第八点，司法机关与大众传媒之间关系的理顺。也许可以说，没有新闻自由，就没有司法公正。在现代社会中，大众传媒代表着广泛的公众，对于包括司法在内的国家权力进行严格的监督。但是，跟任何其他权力一样，传媒的监督权也是一柄双刃剑，可能正当行使，也可能被滥用。重要的是，新闻与司法两种行业的逻辑有明显的差异，新闻重情感的诉求，司法重理性的运用；新闻倾向快捷的报道，司法强调审慎的决策。因此，二者存在着内

在的紧张关系。我们需要建立一整套规范防止大众传媒损害司法公正，其中最亟待确立的规范是，对于法院没有审结的案件，如何防止传媒发表具有倾向性的言论从而危害司法的公正与独立。与此同时，我们也应当采取切实有效的措施，将司法过程置于传媒的监督之下，使得传媒成为增进司法公正的社会因素。

http://www.china-review.com/execute.asp?path=/content_files/7zlzjhwf4.htm20000811/7zlzjhwf4.htm&luntantitle=走向司法公正的八个制度要件

上传时间： 2001/9/18　　文章来源：中评网　　本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

足协行为涉嫌违宪

by 贺卫方

新年伊始，中国足协因为《足球》报关于中国足球的一篇报道而开杀戒，宣布禁止该报采访中国足协主办的所有赛事和活动。这些天来，许多媒体对于这个事件给予了相当大的关注。这并非偶然，因为其中涉及到的若干重大的问题值得重视，它们不仅关系到一家报纸的权利，而且关系到中国足球的健康发展，关系到传媒的基本社会功能能否履行。

首先需要明确的是中国足协是否有权力禁止某家媒体对足球比赛进行采访。这个当然与中国足协的性质有关。不少人将足协定性为一个民间组织，因此认为它没有权力发出这样的禁止令。这样的说法似乎没有切中问题的要害。难道官方组织就能够用一纸命令剥夺媒体的采访权么？例如，某媒体对于全国的医疗卫生体制进行了批评，卫生部是否有权禁止该媒体采访全国各医院的医疗工作和活动？实际上，中国足协具有浓厚的政府机构色彩，它的一干人马都是政府任命、享有相应的官职待遇的行政官员（这也正是中国足球职业化程度低下的一个标志）。因此，我更倾向于认为，现在的中国足协仍然是一个准政府机构。

作为政府机构，足协当然可以行使许多权力，但是，它的权力要受到法律的明确约束。按照公权力行使的一般准则，那就是，没有法律明确授权者，国家机构不得行使权力。也就是说，如果没有法律清楚授权足协在一些明确的条件下可以限制媒体的采访权，则足协发布禁止令的行为便是滥用权力。虽然《中华人民共和国体育法》第三十一条规定了“全国单项体育竞赛由该项运动的全国性协会负责管理”，但是，这里所谓负责管理的事务非常明确，只是竞赛本身而已，并不能延伸到其他领域，否则便是宪法第五条所说的任何组织和个人都不得享有的“超越宪法和法律的特权”。

我国宪法还规定了“一切国家机关和国家工作人员必须……倾听人民的意见和建议，接受人民的监督”（第二十七条），这里明显地是在鼓励民众和媒体对于国家机关进行畅所欲言的批评。我们都知道，这种批评也完全可能过于激烈，让国家机关感到自己受到了名誉上的

损害。我国的法律在这方面作了一些规定，《民法通则》第一百零一条规定了“公民、法人享有名誉权……禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。”虽然我个人对于这种授予法人或机构名誉权的规定不以为然，但是，这毕竟是现行法律的规定，它还是给中国足协这样的机关提供了一种可能的法律救济途径。也就是说，当中国足协认为它的名誉权受到《足球》报报道的损害的话，它在法律上的选择便是到法院起诉这家报纸，如果法院最终认定报纸侵权成立，则赔礼道歉、赔偿损失都是完全可能的。但眼下足协恰恰做了它无权做的事情，这是令人遗憾的。

接下来的事情当然都是法院依据法律来作出判断的问题了。不过，其中涉及到的一些保障言论出版自由（宪法第三十五条）的道理还是值得讨论一下的。允许媒体批评的局部失实已经得到越来越多的人们的认可，也得到了最高人民法院司法解释的支持。道理很简单，如果要求新闻报道完全真实，则记者必须为追求每一个细节的真实而旷日持久地进行调查和核实。稍有新闻从业经验的人都知道，这几乎是一个无止境的过程。果真如此，新闻的“新”这一特色必将丧失殆尽。

媒体的独立调查权是本事件显示的另一个法律问题。《足球》报的报道看起来下了很大的调查功夫，该报总编辑谢奕在针对中国足协处罚所发表的声明中明确地说：“我们通过确切的消息渠道了解到相关的准确情况”，说明记者有其特殊的消息途径。一个新闻界的通例是，在任何一个尊重新闻自由的国度里，媒体都不能简单地成为政府机构新闻发言人的传声筒；记者独立调查，向公众揭示真实的内幕，乃是其职责所在。试想，如果在“水门事件”的相关报道中，记者只是传递尼克松政府的声音，而不作出独立调查，那么还会有什么“水门事件”发生和尼克松总统的辞职呢？所以，关于中国足球是否是“不良资产”，关于国资委是否对于足球产业有过“不良”评价，我们不能够只听足协或国资委的官方声音，更需要听到媒体自己的声音。

最后，我要简要地谈一下作为一个球迷，自己对于足球以及体育媒体的功能的一点看法。这些年来，体育尤其是足球类报纸以及电视已经成为各类媒体中最开放、最接近媒体本来面目的品种。例如，央视的“足球之夜”以及《足球》、《体坛周报》等都可以非常直率地对于中国足协的决策提出批评。坦率地说，没有哪个人或机构喜欢人们对自己放言无忌的批评。不过，我相信中国足协的领导们应当能够意识到，媒体的开放对于一些腐败事件的及时揭露、对于整个中国足球事业的发展起到了多么明显的促进作用，甚至可以说，对于中国足协形象的改善也是利大于弊——在今天这样的开放时代里，人民倾向于信赖的，总是那些愿意接受并且经常受到监督的领导人，而不是“老虎屁股摸不得”的官衙老爷。面对激烈的批评，甚至局部失实的报道，有则改之，无则加勉的接纳态度永远比暴跳如雷、动辄封杀来得更妥帖、更得人心。

“防民之口，甚于防川。”在今天这样的互联网时代，防民之口的可能性恐怕是越来越小了，相反，要付出的代价却一定是越来越大。

上传时间： 2004/1/15 文章来源： 本文由法律思想网整理。转载请注明出处。

作为打假武器的法律何以失效

by 贺卫方

在讨论打假问题时，人们在愤怒之余，往往将希望寄托在法律上，或者，将制假贩假的横行无忌归咎于立法的不完善和执法的不严厉，尤其是司法和执法过程中的地方保护主义。人们相信，只要法网密不透风，执法重拳出击，制假贩假者将无所逃逸，打假云云，岂非探囊取物？

现实的问题是：我们关于打击假冒的法律多的是，从民法通则到消费者权益保护法，从商标法专利法一直到明确规定了“生产、销售伪劣商品罪”和“侵犯知识产权罪”的刑法，涉及制假贩假行为的法律条文少说也有数十条，可谓法网密布，相关的民事、刑事惩罚也规定得既严厉又明确，但是，为什么这些法律得不到有效的执行呢？既然制假贩假数额巨大者属于犯罪行为，我们星罗棋布地设在各个地方的公安机关和检察机关为什么如此疏于职守呢？

原因其实简单得很：我们的司法和执法机关是地方化的机关，它们与地方的权力部门和经济利益有着千丝万缕的联系。大规模的制假贩假哪里瞒得过当地的政府官员们？与一些官员的相互默契以及分赃使得制假贩假者成为一些地方政府保护的对象。在这种情况下，能够独立地侦查、起诉和惩罚这类犯罪的执法司法机关，便成为惟一可以求助的机构了。然而，问题在于，我们的公安机关只是政府下面的一个部门，检察院、法院从法条上说倒是独立，可是实际上它们在财政、人事等方面完全依赖同级首脑机关，要求它们在关系到地方财政收入甚至更隐秘的经济利益时反对地方保护主义，岂非又要马儿跑，又不让马吃草？

更有甚者，司法不独立的危害又何止纵容制假贩假一端？可以说，法院、检察院的地方化已经成为妨碍市场经济建设的一个瓶颈环节。近年来，许多发生在异地企业之间的经济纠纷，不同地方的法院各为其“主”，把法律当做胡适所谓“任人打扮的小姑娘”，一味地袒护本地企业，严重破坏了法律的统一性和由统一法律所保障的交易安全。须知广泛的交易市场和大量的发生在陌生人之间的交易行为乃是市场经济的基本特色，而此类交易得以有序进行离不开非地方化的独立的执法和司法的保障。司法的非地方化靠在法院和检察院系统搞“教育整顿”是难以解决实现的；法院院长、检察院检察长必须顾及全院百十来口子“干警”的饭碗。

我不能理解的是，为什么我们能够采取措施，大刀阔斧地改变了税收、工商、银行等系统的地方化安排，惟独对比它们更重要的司法系统的地方化安之若素？我的结论是，靠运动式的方法打假，可能收一时之效，但风头避过，假货将依旧招摇过市。治本之法，在于建立独立的维护国家法令统一的司法体制，将法律切实地加以执行，对制假贩假者给予不枉不纵的惩罚，从而使我们的经济秩序走向良性循环。

（作者单位：北京大学法学院）

上传时间： 2001/9/15 文章来源：《南方周末》2000 年 11 月 09 日

作为法治建设契机的撒嘶

by 贺卫方

老鹤按：这是刚刚给一家报纸写的一篇评论，但是不能全文登出，只好全文发表在这里。

古罗马有句古老的法谚："枪炮作响法无声"，说的是发生战乱的时候，平常法律所维系的社会秩序便会荡然无存，冲突的解决完全凭借暴力。攻城掠地，不论所有权归属何人；枪林弹雨，岂管人身权应否保障？现代的国际法虽然也对战争有所约束，例如有若干国际公约对于武器的使用、平民的保护、战俘的对待等加以规定，不过，这类法律本身的执行也往往依赖于强力的存在，在许多情况下，践踏者仍然得不到应有的处罚。

自从撒嘶爆发以来，全国上下都紧急动员起来，大家都在参与和关注对于患者的救治和对这个陌生病毒的防范。在近来的媒体报道中，战争话语明显增多了。例如，人们称这是一场"抗击'非典'的战争"，医护人员就是这场战争中第一线的将士，撒嘶病毒的神秘让我们把这项艰难的工作称作是"与看不见的敌人之间的战争"……不过，战争毕竟只是一个比喻；我们的社会并没有真正处在战争状态。因此，这个国家的法律还活着，不仅活着，而且看起来与撒嘶的斗争还很可能成为推进法治建设的一个特殊契机。

正如近来有关讨论所显示的那样，与撒嘶防治相关联的法律问题多种多样。当千千万万的医护人员——我们下面简称医护吧——热情地投入到救死扶伤之中的时候，在一些地方，也出现了某些医护拒绝参战的事例。根据相关报道，我们知道他们不少人都被毫不留情地解雇了。这样的举措引起了很大争议，几个人气较旺的网站讨论区里，网友们为此争执不休。医院或者有关医政部门有权解雇一个"当逃兵"的医护么，或者，医护是否有辞职不干的自由？这个问题跟医护的职业性质以及医院跟医护之间法律关系的性质联系在一起。有人把战争的比喻坐实，认为医护拒绝应召跟士兵临阵脱逃是同样严重的行为，因而脱逃者当然应当受到严惩，除了解雇外，还应当永远禁止此人执医业。可是，医护果然能够等同于士兵么？这本身就是一个值得研究的问题。如果医护与医院之间的契约属于民事性质的，那么应当推定医护在订立契约时是完全自主的，也可以说，他对于这个职业所需要面临的风险具有适当的预期，因而不可在这类风险面前逃离。但是，如此神秘莫测、防不胜防的病毒是否属于这种可以预期风险，又是一个难以立时廓清的问题。

不仅如此，一位本人是医生、网名叫"不见青山"的网友发表的文章揭示了我们的《执业医师法》中的一个自相矛盾的地方：一方面明确禁止医生跨行行医——诸如外科医生给呼吸疾病患者看病（第二十三条：医师不得出具与自己执业范围无关或者与执业类别不相符的医学证明文件），另一方面，法律又规定医生必须服从政府紧急调遣，否则将受到从警告到

吊销执业资格与证书乃至刑法的制裁（参看第二十八条、第三十七条第十一项）。这里的问题是，如果一位医护专业并非属于呼吸或传染病领域，又受到政府紧急调遣，那么他势必被置于法律上的两难境地：应召则违反第二十三条，抗拒则违反第二十八条。看来，这样的法律困境是迫切需要通过有关立法和司法解释加以解决的。

在这次治防撒嘶的过程中，我国政府巨大的社会动员能力得到了强有力的展示：医护的调遣、药品和其他医疗用品的分派、生活物资的保障、对于疑似人员的隔离等等，不一而足。短短八天时间就建立起一座大型专门传染病医院，这样的效率让全世界惊叹。事实上，在发生这种大规模紧急事件的时候，各国都会有超越平时法律的特殊措施，例如授予政府更加广泛的裁量权，征用权的扩大等。不过，这样的权力本身也可能是双刃剑，在满足政府需要的同时，也有可能被滥用，导致其他公民权利受到侵犯。例如，建设新医院，肯定涉及到征用土地的问题，原土地占有人对于征用的补偿是否有交涉的合理途径，他在怎样的情况下可以坚决不从？随着法律对于私有财产保护力度的加大，这样的问题会变得越来越尖锐。说到底，一个法治社会得以建立的基础不是抽象的公共利益；我们需要在公共利益与个人权利之间作出平衡，需要知道即便是热衷公共利益的政府也是可能违反法律的。因此，一个独立于行政权力、能够对于公民与政府之间的纠纷作出公正裁判的司法机构的存在是非常必要的。

1989 年生效的《传染病防治法》对于疫情报告以及公布制度以及隐瞒、谎报疫情行为的处罚作出了规定，最近国务院推出的《突发公共卫生事件应急条例》对于相关责任以及处罚都作出了明显的补充和强化规定。例如，建立针对此类事件的信息发布制度，信息发布应当及时、准确和全面。我们看到，此次撒嘶能够横扫全国二十余个省市，又传播到二十多个国家地区，造成全球近万人染病，数百人死亡，经济发展受到重创，日常生活受到严重影响，的确是十分惨烈的事件，然而，这场所谓“突如其来”的灾难其实并不是真正的突发事件。如果在发病的早期，我们就能严格按照《传染病防治法》的规定，国务院卫生行政部门“及时地如实通报和公布疫情”，引起必要的警惕和采取严格的治防措施，那么就不会有后来的如此重大灾难了。根据有关报道，早在 2 月 18 日，广东省卫生厅就召开紧急会议讨论疫情，以钟南山院士为首的专家组明确否认了国家疾病预防控制中心的鉴定意见，相信有关情况很快就会上达卫生部。那么，是什么原因使得卫生部置国家法律之明确规定于不顾，悍然隐瞒了这可怕的疫情？《传染病防治法》第三十九条规定：“从事传染病的医疗保健、卫生防疫、监督管理的人员和政府有关主官人员玩忽职守，造成传染病传播或者流行的，给予行政处分；情节严重、构成犯罪的，依照刑法第一百八十七条的规定追究刑事责任。”很明显，这次导致撒嘶流行全球的有关人员绝对是构成犯罪了，而且是极其严重的犯罪，不可以仅仅以一两个官员的辞职或免职而搪塞过去。

更惨重的教训来自我们的媒体以及新闻管理体制。现在我们知道了，早在 2 月初，广东省的撒嘶已经大规模传播，并且由于官方信息的不公开，导致普遍的恐慌。按说，对于这样的事件，大众传媒应当毫不迟疑地进行如实报道，只有相关信息的公开，人们才能最大限度地做到警惕而不恐慌，其他地方才会作出必要的防范。然而，在广东这个过去十多年间中国媒体相对活跃的地方，在这样大难临头的紧要关头它们却集体失语了。我们都知道，这中间的原因并不在媒体，而是管理媒体的体制。可以说，这次撒嘶蔓延再清楚不过地显示出我们的传媒管理体制会给这个社会带来怎样的苦难。我们从来不追究的一个问题是，我国的宪法明明规定者“中华人民共和国公民有言论、出版……自由”，可是现实中却不允许私人媒体的存在，结果媒体的完全国有化导致了它的官僚化；对于新闻报道的事先控制以及对于“违纪者”完全不按法律准则的追究令新闻业者动辄得咎，提心吊胆。我不能理解的是，历史再

明显不过地揭示了，凡是新闻自由得到保障的国家，官员的腐败行为和滥用权力都能够得到及时的揭露和遏制，民众的不满可以通过语言这样的和平方式得以释放，人民——更重要的是政府——所需要的资讯能够最迅捷而充分地展示，来自每一个社会成员的智慧都可以为整个国家所分享，政府的权威也在这样的过程中得以提升，这样的社会想不长治久安都难。相反，压制新闻的结果却在上述每一个方面都会导致完全相反的后果。伟大的新闻人普利策说得好："倘若一个国家是一条航行在大海上的船，新闻记者就是船头上的瞭望者。他要在一望无际的海面上观察一切，审视海上的不测风云和浅滩暗礁，及时地发出警告。"

遗憾的是，我们这条大船在航行的时候，却没有瞭望者，或者有看上去像是瞭望者，但是他们的眼睛却被蒙上了。

作者系北京大学法学院教授

上传时间： 2003/5/17　　文章来源：雅典学园